Doppelte Ehelichkeit?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Friedrich Oberreuter, bacc. jur.

Referendar in Zeulenroda.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Zeulenroda 1914.

Druck von August Oberreuter.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547026_0015

Meinen Eltern!

Literaturverzeichnis.

Bernhöft, Zur Lehre von den Fiktionen. In der Festgabe für Bekker: Aus röm. und bürgerl. Recht. 1907.

Boelling, Die Rechtsfolgen einer falschen Todeserklärung. Diss. Heidelberg 1906.

Boschan, Rechtliche Stellung der von einer Frau nach der Todeserklärung ihres Mannes geborenen Kinder. In der Deutschen Juristenzeitung 1903.

Buhl, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe. In der Festschrift für Bekker, Berlin 1899.

Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 5. Aufl. 1902.

Dernburg, Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung eines Gatten. In der Festschrift für den 26. Juristentag, Berlin 1902.

Dernburg, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts. Bd. 4 Familienrecht, Halle 1903.
Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1896.

Dochnahl, Zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches § 1348 Abs. 2, S. 1. Im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 26 1905.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Bd. 2 Abt. 2, Berlin 1908.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Erler, Das Wiederaufleben aufgelöster Ehen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In der deutschen Juristenzeitung 1896.

Fischer, Die Ungültigkeit der Ehe und ihre Folgen insbesondere bei Formmängeln. In Jherings Jahrbüchern Bd. 29.

Fischer & Henle, Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuches, 5. Aufl. München 1902.

Francke, Die Ehe eines für tot Erklärten. Im Archiv für Zivilistische Praxis, Bd. 101 1907.

Frantzen, Die Wirkungen der Todeserklärung auf dem Gebiete des Familienrechts. Diss. Borna-Leipzig 1903.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge, Mannheim 1900.

Hedemann, Die Vermutung. In den Abhandlungen zum Priv.-Recht und Ziv.-Prozeß, Bd. 11, Heft 2, 1904.

Hellwig, Gültigkeit der zweiten Ehe trotz Aufhebung des Scheidungsurteils. In der Deutschen Juristenzeitung 1904.
Hölder, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Gesetzbuches. München 1900.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Bd. 1, Berlin 1906.
Krüger, Die Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung. Diss. Borna-Leipzig 1909.
Leonhard, Allgemeiner Teil des Bürgerl. Gesetzbuches. Berlin 1900.
Liszt, Lehrbuch des Strafrechts. Berlin 1911.
Meyer, Vom Rechtsschein des Todes. In der Festgabe für Siegfried Brie, Leipzig 1912.
Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1888.
Neubecker, Rechtliche Stellung der Kinder der Frau eines Verschollenen. In der Deutschen Juristenzeitung 1903.
Neumann, Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuches, Bd. 2, 5. Aufl., München 1902.
Olshausen, Das Kammergericht zur Frage der rechtlichen Stellung der Kinder der Frau eines Verschollenen. In der Deutschen Juristenzeitung 1903.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Berlin 1912.
Opet, Verwandtschaftsrecht des Bürgerl. Gesetzbuches, Berlin 1899.
Opet & Blume, Familienrecht, Berlin 1906.
Oppenhoff, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Berlin 1912.
Planck, Familienrecht, Berlin 1901.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerl. Gesetzbuches, Berlin 1896.
Reichsgerichtsräten, Kommentar von. Bd. 2, Leipzig 1910.
Riezler, Doppelte Ehelichkeit? Im Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 38, Heft 1.
Rheinische Zeitschrift, Bd. 4 1912.
Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Berlin 1908.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 70, 1905.
Staudinger-Engelmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, 5./6. Aufl.
Thiesing, Die Wirkung nichtiger Ehen. In den Abhandlungen zum Priv.-Recht und Ziv.-Prozeß, Bd. 16, 1907/08.

Weitere Literaturangaben finden sich in der Arbeit selbst.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite:
§ 1.	Einleitung	1—2
§ 2.	Allgemeines	3—4
§ 3.	Begriff der ehelichen Kinder	4—6
§ 4.	Folgen der Ehelichkeit	6—7
§ 5.	Wann liegt doppelte Ehelichkeit vor?	7—10
§ 6.	Ein weiterer Fall auf Grund einer unrichtigen Sterbeurkunde	10—12
§ 7.	Folgen der doppelten Ehelichkeit	12—15
§ 8.	Der Fall des § 1600	16—19
§ 9.	Ein anderer Ausweg	20—22
§ 10.	Die Entscheidung nach den bisherigen Darlegungen	22—25
§ 11.	Wie ist die Frage der doppelten Ehelichkeit zu lösen?	25—29
§ 12.	Im Fall einer falschen Todeserklärung	29—36
§ 13.	Die Theorie von Herbert Meyer	36—44
§ 14.	Die Theorie von Bernhöft	44—48
§ 15.	Die Theorie von Dernburg	48—64
§ 16.	Die Lösung nach Dernburgs Theorie	64—66
§ 17.	Kritisches zu § 18 des Bürgerlichen Gesetzbuches	66—72
§ 18.	Gegnerische Stimmen	72—75
§ 19.	Schlußbetrachtungen	75—76

Abkürzungen.

BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
ZPO. = Zivilprozeßordnung.

Die übrigen Abkürzungen sind die gebräuchlichen.

§ 1.

Einleitung.

Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es, eine Darstellung und Erörterung von praktisch vielleicht seltenen Fällen[1] zu geben, deren ausführliche Regelung im BGB. leider nicht erfolgt ist, was immerhin wünschenswert gewesen wäre. Es ist daher eine billige und gerechte Forderung, dass man den zu Grunde liegenden Rechtsverhältnissen eine natürliche und dabei gerechte Lösung zu Teil werden lässt. Der Mangel einer positiven Regelung macht sich besonders in unseren noch zu besprechenden Fällen auf dem Gebiete des Familienrechts sehr fühlbar und beeinflusst damit natürlich auch das öffentliche Recht, dort, wo es sich auf das bürgerliche Recht stützt. Handelt es sich doch dabei nicht um vorwiegend vermögensrechtliche Wirkungen, sondern um die Frage der Ehelichkeit, deren Bedeutung nicht nur auf rechtlichem, sondern auch auf sozialem Gebiet liegt; zumal weil die Wirkungen einer später für nichtig erklärten Ehe ganz anderer Art sind, als die sonst aus nichtigen Geschäften entstehenden Folgen. Diese sind mit Schadenersatzanspruch- und Bereicherungsklagen wieder zu beseitigen, sodass der frühere Zustand völlig oder durch Gewährung eines Surrogates dem wirtschaftlichen Effekte nach wiederhergestellt werden kann. Bei der Ehe hingegen ist dies nur hinsichtlich der vermögensrechtlichen Wirkungen möglich.

[1]) Endemann S. 221 ff. Anmerkung 7: „Die breite Ausführlichkeit der Normengebung steht in keinem Verhältnis zu der geringen (!) praktischen Bedeutung."

In der Literatur hat man sich erst neuerdings mit der Frage der doppelten Ehelichkeit etwas näher befasst, obwohl schon früher die etwa entstehenden Konflikte bereits angedeutet worden sind [2]. Desgleichen ist der Begriff der doppelten Ehelichkeit der Praxis nicht geläufig, da den bisher zur Entscheidung gekommenen Fällen die später skizzierten Tatbestände meistens nicht innewohnten. Selbst bei Entscheidung der gleichen Rechtslage, wie wir sie zu Grunde legen werden, ist dieselbe nach Ansicht der herrschenden Lehre meistens einseitig ausgefallen, da sie in Bezug auf das Verhältnis der Kinder zur ersten Ehe keine Auskunft gibt. Infolge des Fehlens ausdrücklicher Vorschriften hat man verschiedentlich Versuche gemacht, eine befriedigende Lösung des Problems zu konstruieren, was jedoch nach den bisherigen Ergebnissen den meisten Theorien ohne eine Vergewaltigung des Gesetzes nicht gelungen zu sein scheint.

Die Vertreter der einzelnen Theorien haben zur Lösung der Frage, ob und wie eine doppelte Ehelichkeit zu vermeiden ist, verschiedene Wege eingeschlagen. Manche Lösungen finden allerdings wenig Stütze im Gesetz. Hoffentlich bleiben die darüber geschriebenen Abhandlungen bei einer Neuregulierung der Materie nicht unbeachtet und beseitigen auf diese Weise eine Streitfrage, deren Entscheidung im Sinne der herrschenden Lehre eine Härte des Gesetzes bedeuten würde, die dank der Seltenheit der praktischen Fälle bisher noch nicht als höchst unbillig empfunden worden ist. Denn es handelt sich, wie bereits hervorgehoben, um schwerwiegende die ganze Existenz erschütternde Folgen, von vorwiegend persönlicher und sittlicher Natur. Die Rechtsordnung muss solchen Fällen gegenüber gewappnet sein, mögen sie sich noch zu selten ereignen.

[2]) z. B. Hachenburg S. 344: „In der Anfechtung (der zweiten Ehe) durch den Zurückgebliebenen liege für die literarische Behandlung künftig der Stoff zu tragischen Konflikten, in der durch den andern Ehegatten dagegen vielleicht für burleske Komik, denn dieser könnte die Frau, wenn er die Ehe mit ihr bereut, wieder los werden, sobald der frühere Ehegatte wieder erscheint."

§ 2.

Allgemeines.

Wenngleich gegenüber der Vaterschaftsklage die Exceptio plurium [3] zugelassen ist, so hat das Gesetz doch die Rechtslage so gestaltet, dass trotzdem die Möglichkeit mehrerer unehelicher Väter im Rechtssinn für ein und dasselbe Kind gegeben ist. Und das mit Recht. Es können, wie in der Literatur einmütig anerkannt wird, infolge der Relativität des Rechtsverhältnisses der unehelichen Vaterschaft [4] mehrere Männer urteilsmässig als Väter desselben unehelichen Kindes festgestellt werden. So schreibt z. B. Engelmann [5]: „Da der urteilsmässigen Feststellung der unehelichen Vaterschaft Wirkung für und gegen Dritte nicht zukommt, (ZPO. § 644) und die Einrede der mehreren Beihälter durch die nach der Geburt des Kindes in einer öffentlichen Urkunde erfolgte Anerkennung der Vaterschaft verloren geht, besteht die Möglichkeit, dass mehrere Personen als Väter eines unehelichen Kindes diesem gegenüber unterhaltspflichtig sind."

Und da die Interessen des Kindes für sich betrachtet ein schutzwürdiges Objekt bilden, so entspricht dieses für das Kind günstige Ergebnis — das Kind hat dann gegen alle „Väter" Anspruch auf Unterhalt nach § § 1708 ff., ohne dass diesen ein Ausgleichungsanspruch gegenseitig zusteht [6] — nur der Billigkeit, namentlich in Hinblick auf die sonst ungünstige Lage des unehelichen Kindes. Die Rechtsverhältnisse zwischen dem unehelichen Kind und dessen Vätern regeln sich nach den hierauf bezüglichen Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Sie sind nicht Gegenstand unserer Erörterungen.

---

[3]) BGB. § 1717.
[4]) vgl. Denkschrift; ferner Blume Vorbem. 4 vor § 1705.
[5]) Engelmann Bem. 3 zu § 1709.
[6]) Engelmann Bem. 4a zu § 1717.

Unsere Aufgabe ist es, festzustellen, ob tatsächlich eine doppelte Ehelichkeit entstehen kann, oder ob es möglich ist, ein solches Ergebnis, zu dem die herrschende Lehre allerdings gelangen muss, dennoch bei richtiger Auslegung des Gesetzes zu vermeiden, ohne dabei den Boden des Gesetzes zu verlassen.

Das BGB. nimmt zu diesem Resultat, wie bereits erwähnt, keine ausdrückliche Stellung. Ist doch schon die Durchführung des gesetzgeberischen Gedankens besonders schwierig, wenn die Eigenschaft der Kinder als eheliche in Bezug auf die wirklichen Verhältnisse dargetan werden soll. Es empfahl sich daher in Rücksicht auf das Glück der Familie, den Ruf der Eltern und des Kindes, eine Untersuchung darüber wegfallen zu lassen, ob das Kind vor oder nach der Ehe gezeugt ist [7]. Die diesbezüglichen Normen sind mehr oder weniger doktrinär. Um wieviel schwieriger muss sich aber die Beweisführung in unseren Fällen beim Vorliegen zweier kollidierender Ehen gestalten!

Wir erachten nun im Folgenden eine systematische Gegenüberstellung der teilweise recht verschiedenen Rechtslagen im Zusammenhange für wenig zweckmässig. Sie werden am besten in Verbindung mit den einzelnen Rechtsverhältnissen behandelt, aus denen sie entspringen. Wir werden aber bei der Darstellung der Bestimmungen des geltenden Rechtes Gelegenheit nehmen, auf die einzelnen Fälle vergleichsweise zurückzugreifen.

§ 3.

Begriff der ehelichen Kinder.

Um die Struktur der doppelten Ehelichkeit klar durchschauen zu können, wollen wir zunächst untersuchen, was wir nach modernem Recht unter Ehelichkeit zu verstehen

[7]) Mot. 4 S. 647 und 659.

haben, und daran anschliessend entwickeln, auf welche Weise eine doppelte Ehelichkeit nach Auffassung der herrschenden Lehre entstehen kann. Das BGB. hat in § 1591 folgende Legaldefinition der ehelichen Kinder gegeben:

„Ein Kind, das nach Eingehung der Ehe geboren wird, ist ehelich, wenn die Frau es vor oder während der Ehe empfangen und der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt hat. Das Kind ist nicht ehelich, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, dass die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat.

Es wird vermutet, dass der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt habe. Soweit die Empfängniszeit in die Zeit der Ehe fällt, gilt die Vermutung nur, wenn der Mann gestorben ist, ohne die Ehelichkeit des Kindes angefochten zu haben".

Demnach sind die begriffsmässigen Voraussetzungen für die Ehelichkeit:

1) dass das Kind in der Ehe geboren und vom Ehemann in der Ehe empfangen ist,
2) dass das Kind in der Ehe geboren, aber vor Eingehung der Ehe vom Ehemann empfangen ist,
3) dass das Kind, wenn es auch nach Auflösung der Ehe geboren, aber doch in der Ehe vom Ehemann empfangen ist,
4) dass das Kind nach Auflösung der Ehe geboren, aber schon vor Eingehung der Ehe vom Ehemann empfangen ist.

Zu den in § 1591 aufgezählten Gruppen der ehelichen Kinder kommt noch eine weitere Kategorie. Nach § 1699 gilt auch ein solches Kind als ehelich, das aus einer Ehe hervorgegangen ist, die aus einem andern Grunde als Formmangel nichtig ist, sofern nicht beide Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschliessung gekannt haben.

Ueber die Frage, inwieweit Gutgläubigkeit der beiden Eltern erforderlich ist, was für die Rechtsstellung der aus

einer solchen Ehe entspringenden Kinder von Bedeutung ist, sagt u. E. Blume [8] mit Recht, dass nicht „Gutgläubigkeit“ im engeren Sinne gefordert wird. Die Praxis ist auch bezüglich der Annahme des guten Glaubens nicht engherzig gewesen. Es genügt weder grobfahrlässige Unkenntnis, noch die Kenntnis der den Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgrund bildenden Tatsache ohne gleichzeitiges Wissen von ihrer rechtlichen Bedeutung für den Bestand der Ehe. Diese gesetzlich relevante Kenntnis muss im Zeitpunkt der Eheschliessung vorhanden gewesen sein. Mala fides superveniens ist ohne Einfluss. Also schadet Kennenmüssen nichts, obwohl anfangs im 1. Entwurf [9] anders beabsichtigt. Vielmehr muss positive Kenntnis von der Nichtigkeit im Zeitpunkt des Eheabschlusses vorliegen.

Ist also der Tatbestand des § 1699 gegeben, so g i l t das Kind als ehelich; das Gesetz sagt nicht, est ist ehelich [10].

§ 4.

Folgen der Ehelichkeit.

An die Tatsache, dass das Kind ein eheliches einer bestimmten Ehe ist, werden nun von der Rechtsordnung gewisse Rechtsfolgen geknüpft. Die gegenseitigen Rechte und Pflichten sind im 4. Buch des BGB. unter dem Titel: Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder zusammengefasst. So erhält das Kind den Namen des Vaters (1616 ff. u. 1601 ff.) Es hat Anspruch auf Unterhalt, Aussteuer, ist erb- und pflichtteilsberechtigt. (1924, 2303.)

Die Eltern dagegen haben Anspruch auf Unterhalt und Dienstleistung, üben die elterliche Gewalt aus, sind eben-

---

[8]) Blume, Bem. 3 zu § 1699.

[9]) Entwurf I § 1563 u. Prot. 4 S. 644.

[10]) Ueber den Streit, ob § 1699 eine Fiktion oder Präsumption ausspricht, vgl. weiter unten.

falls erb- und pflichtteilsberechtigt und geniessen die elterlichen Ehrenrechte; so die persönliche und vermögensrechtliche Vertretungsbefugnis, die Nutzniessung am Kindesvermögen, ferner Befugnisse über Anordnung einer Beistandschaft, eines Vormundes usw.[11] gemäss den Vorschriften der § § 1601 ff., 1617, 1627—1698, 1925 ff., 2303 ff.

Die Rechtsstellung eines Kindes aus einer Putativehe als eheliches wird durch die Bösgläubigkeit eines Teils nicht geschmälert, wohl aber später die Rechte des betreffenden Elternteils. Diese Modifizierung der Rechte des einen oder andern Teils hat Thiesing[12] ausführlich dargestellt. Wir heben diesen Umstand besonders hervor, weil sich daran später bei der Beurteilung der kollidierenden Rechte und Pflichten der beiden „Väter" die Sachlage je nach der Gut- oder Bösgläubigkeit des einen oder anderen Teils verschieben und so die Rechtslage nur noch verworrener gestalten würde.

§ 5.

Wann liegt doppelte Ehelichkeit vor?

Es ist nun nach der herrschenden Lehre durchaus möglich, dass die oben in § 3 angeführten Voraussetzungen der Ehelichkeit für ein und dasselbe Kind für z w e i verschiedene Ehen gegeben sind. Man wende nicht ein, dass die weiter unten anzuführenden Fälle künstlich konstruiert seien. Sie lassen sich sehr wohl denken, und die Möglichkeit, dass sie eintreten können, ist wahrscheinlich.

An treffenden, teilweise von Bernhöft aufgestellten Beispielen legt Riezler[13] die unannehmbaren Folgen einer doppelten Ehelichkeit dar und weist schliesslich, da er auch

[11]) Opet S. 277.
[12]) Thiesing § 22 S. 197.
[13]) Riezler, Archiv f. bürgerliches Recht Bd. 38 Heft 1 S. 67 ff.

ein Anhänger der herrschenden Lehre ist, die Unbrauchbarkeit der in Frage kommenden Paragraphen nach. Versuchen wir es, nachstehenden Fall der herrschenden Lehre entsprechend zu entscheiden:

I. Zwischen A. und Frau B. ist eine rechtsgültige Ehe abgeschlossen worden. Die Frau nimmt aber später, als sie von A. verlassen wird, irriger Weise an, ihre Ehe mit A. sei nichtig. Zu dieser Ansicht kommt sie deshalb, weil sie weiss, dass damals z. Zt. des Eheabschlusses, gewisse Formvorschriften — etwa Mangel des Aufgebotes oder Mangel von Zeugen — nicht erfüllt worden sind. In Wirklichkeit aber waren diese Vorschriften keine zwingenden, sondern nur unwesentliche, denn die Ehe A.-B. ist durchaus gültig.

Die Frau geht nun, ohne dass eine vorherige Scheidung dieser Ehe erfolgte, denn sie hielt sie ja in gutem Glauben für nichtig, als sie von ihrem Mann verlassen wird, eine neue Ehe mit C. ein. Bei dieser Ehe hat der Standesbeamte das in Wirklichkeit bestehende Ehehindernis (§ 1326) — denn niemand darf eine Ehe eingehen, bevor seine frühere Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist — entweder übersehen oder rechtsirrig als nicht vorhanden angenommen. Die Frau gebiert in der neuen Ehe B.-C. ein Kind.

Hält man sich nun im Sinne der herrschenden Lehre an den strengen Wortlaut des Gesetzes, so gelangt man offenbar zu folgendem Resultat:

Die neue Ehe B.-C. ist noch während des Bestandes der alten Ehe A.-B. eingegangen worden, denn eine vorherige Scheidung ist nicht erfolgt. Also ist die neue Ehe nach § 1326 nichtig. Es handelt sich aber bei der neuen Ehe B.-C. um eine Putativehe, und daher ist der Tatbestand des § 1699 gegeben. Und dann g i l t das in der Ehe B.-C. geborene Kind als ein eheliches des neuen Ehegatten C. Das Kind hat nun dem C. gegenüber alle Rechte

eines ehelichen Kindes. Es ist bedeutungslos, dass etwa C. im Gegensatz zu seiner gutgläubigen Frau, die Nichtigkeit der neuen Ehe kannte, denn es liegt eben eine Putativehe vor. Darüber äussert sich Blume [14]): „Gemäss § 1589 ist ehelich ein Kind, das während der Ehe der Mutter oder innerhalb der Empfängniszeit nach Auflösung der Ehe geboren ist. Eine nichtige Ehe ist keine Ehe. Folglich würden gemäss § 1589 die aus einer nichtigen Ehe stammenden Kinder unehelich sein. Doch hat schon das bisherige Recht [15]) die Kinder aus nichtiger Ehe wenigstens dann als eheliche behandelt, wenn einer der Ehegatten im guten Glauben war. Das Gesetz lässt nur die sogenannte Putativehe zugunsten der Kinder als Ehe gelten. Die Putativehe muss aber eine „Scheinehe" sein, d. h. eine Ehe, die solange als gültig zu behandeln ist, bis ihre Ungültigkeit festgestellt ist. Dagegen sind die Kinder aus einer Nichtehe schlechthin unehelich."

Also, wenn auch die zweite Ehe infolge des Bestehens der ersten Ehe nach § 1326 nichtig ist, so vermochte doch die Gutgläubigkeit der Frau dem Kinde die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes in Bezug auf die Ehe B.-C. zu verschaffen. Und zwar dokumentiert sich diese Bestimmung als eine Rücksichtnahme auf die Beteiligten, nämlich die Eheleute und die Kinder um ihrer selbst willen, wobei mittelbar natürlich das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung, wenn nicht der Ehe selbst, so doch der Wirkungen eines tatsächlich als Ehe erscheinenden Verhältnisses seine Befriedigung findet. Dieses Resultat hat durchaus nichts Befremdendes, und man kann es wohl gelten lassen.

Praktisch aber noch viel schlimmer ist nun andererseits die unliebsame Folgeerscheinung, dass sich bei der Ehekollision unseres angeführten Falles noch weiter folgende ungeheuerliche Rechtslage ergibt:

[14]) Blume, Komm. z. BGB. S. 605, Bem. 1.

[15]) Insbesondere vgl. die diesbezügl. Ausführungen in den Motiven 4 S. 622 ff.

Das Kind ist ausserdem ein eheliches des ersten Ehegatten A. (§ 1591), denn seine Ehe mit Frau B. besteht fort, denn die zweite Ehe, wenn auch Putativehe, war nach § 1326 nichtig. Bei seinen Lebzeiten hat nur A. das Recht, die Ehelichkeit des Kindes anzufechten, was ihm leicht gelingt, wenn er beweist, dass es „den Umständen nach offenbar unmöglich ist", dass die Frau das Kind von ihm empfangen habe. Und zwar kann A. nur binnen Jahresfrist von der Kenntnis der Geburt des Kindes an gerechnet, anfechten. (§ 1594). Andererseits ist aber die Anfechtung ausgeschlossen, wenn A. das Kind nach dessen Geburt als das seinige anerkannt hat, selbst dann, wenn ihm erst später Bedenken über die Abstammung des Kindes aufsteigen. Ist A. gestorben, so kann jeder, der ein rechtliches Interesse an der Vaterschaftsfeststellung hat, gemäss § 256 ZPO. die Ehelichkeit des Kindes anfechten. Doch auch diese Ausübung des Anfechtungsrechtes ist nur bedingt, denn es kann ja dem Ehemann A. selbst bei seinen Lebzeiten durch Zeitablauf und Dritten sogar noch nach seinem Tode durch Anerkennung illusorisch gemacht werden.

§ 6.

Ein weiterer Fall auf Grund einer unrichtigen Sterbeurkunde.

Dieses widersinnige und durchaus unbefriedigende Ergebnis doppelter Ehelichkeit ist ebenso unvermeidlich bei folgender Konstellation, wenn die Frau die neue Ehe auf Grund einer falschen Sterbeurkunde eingegangen ist. Die Modifikationen, die dieser Fall dadurch erleidet, dass

a) die Frau gutgläubig war,
b) die Frau bösgläubig aber C. gutgläubig,
c) die Ehe mit A. anfechtbar war, aber nicht angefochten wurde,

d) die Ehe zwar nichtig, aber die Nichtigkeit noch nicht rechtskräftig festgestellt war,

zeitigen trotzdem das gleiche Resultat. Es gelten ja die Kinder aus nichtigen Ehen für ehelich, sofern nicht beide Ehegatten die Nichtigkeit bei der Eheschliessung gekannt haben.

Ueber diesen Punkt hat sich Endemann [16], der gerade in dieser Frage, was wir später noch zeigen werden, die Härten der herrschenden Lehre rückhaltlos eingesteht, sich aber trotzdem zu einer anderen Auffassung nicht entschließen kann, dahingehend erklärt, dass die in der zweiten Ehe geborenen Kinder als eheliche ihres gutgläubigen jetzigen Ehemannes rechnen. Er stützt sich dabei auf ein Urteil [17] des bayrischen Obersten Landesgerichtes. In der Urteilsbegründung heisst es daselbst: „Das Beschwerdegericht übersieht, dass es sich nicht um eine rechtlich nicht bestehende (matrimonium non existens), die keinerlei Wirkung hat, sondern um eine formgültige, wenn auch nichtige Ehe handelt. Eine solche Ehe ist wirksam, solange sie rechtskräftig nicht als nichtig erklärt worden ist. Sie hat dauernde Rechtswirkungen bezüglich der rechtlichen Stellung der aus ihr hervorgegangenen Kinder."

Diese Auffassung verwirft Riezler als zu eng. Sie sei bei weitem nicht erschöpfend und beruhe auf bayrischem Landrecht. Denn der Kernpunkt der Entscheidung ist vom Gesichtspunkt der herrschenden Lehre aus, überhaupt nicht berührt. Denn es liegt der Schwerpunkt und zugleich die Schwierigkeit in dem Beweise, dass die Kinder nicht auch

---

[16]) Endemann § 205 S. 629 Anm. 6.

[17]) Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung Bd. 70 S. 72: „Wenn ein Kind von einer Frau geboren wird, während sie in einer Ehe lebt, die wegen des Bestandes einer früheren Ehe nichtig, aber wegen des guten Glaubens des zweiten Ehemannes als Putativehe anzusehen ist, so spricht die gesetzliche Vermutung nicht dafür, daß der Mann der früheren Ehe der Vater des Kindes sei." (Bayr. Landrecht u. BGB.).

in einem ehelichen Verhältnisse zum ersten Ehegatten stehen. Und gerade diese Frage hat Endemann nicht berührt.

Zu einer solchen Auffassung, dass hier wiederum doppelte Ehelichkeit vorliegt, muss allerdings die herrschende Lehre kommen. Wir würden aber damit auf einen Doppelstandpunkt gedrängt, der jeglichem Rechtsgefühl und der Natur der Dinge Hohn spricht. Ist aber das widersinnige Ergebnis an sich schon wunderlich genug, so wird es von der Unbrauchbarkeit seiner Rechtsfolgen noch übertroffen, wenn wir von diesem Gesichtspunkt aus die rechtliche Stellung dieser doppelt ehelichen Kinder ins Auge fassen und entsprechend den §§ 1616 ff. beurteilen wollten.

§ 7.

Folgen der doppelten Ehelichkeit.

Solange dem doppelt ehelichen Kinde durch seine rechtliche Stellung Vorteile gewährleistet werden, die ihm seine Lage nur verbessern helfen, mag diese Art der Gesetzesauslegung noch gerechtfertigt erscheinen. Natürlich! Fälle dieser Art wären [18]: Aussteuer, Erb-, Pflichtteil- und Unterhaltsberechtigung beiden Männern gegenüber [19].

Sehr verwirrt aber würde die Rechtslage und es wäre ein schwer zu lösendes Problem, wollte man andererseits die konsequente Durchführung dieser Bestimmungen nicht nur auf die dem Kinde günstige Lage beschränken, sondern auch auf seine Verpflichtungen beiden Vätern gegenüber ausdehnen. Man würde das Kind damit nur schwer und unverdientermassen schädigen. Als Beispiele der sich rechtlich und ganz besonders praktisch ergebenden Schwierigkeiten werfen wir folgende Fragen auf:

[18]) BGB. §§ 1601, 1924 ff. 2303, 1620 ff.

[19]) Das BGB. spricht in § 1606 Abs. 2 S. 1 von „mehreren gleich nahen" Verwandten. Dem Gesetzgeber hat hier sicherlich nicht der Gedanke mehrerer ehelicher Väter vorgeschwebt.

Welchen Namen soll das Kind führen, doch nicht etwa den beider Väter? Wie steht es ferner mit den elterlichen Gewaltrechten, sowohl die persönlichen, wie auch die der Vermögensfürsorge, der Vertretungsbefugnis, der Nutznießung am Kindesvermögen? (§ § 1627, 1630, 1649.) Wie sollte man die kollidierenden Dispositionsgewalten beider Väter bei der Verwendung des Kindes zu häuslichen Diensten, bei der erforderlichen Zustimmung zur Heirat in Einklang bringen? Was nun gar die Erb- und Pflichtteilsberechtigung beider Männer dem Kinde gegenüber anbetrifft, so ist unser ganzes Erbrechtssystem überhaupt nicht auf diese Eventualität eingerichtet.

Die Durchführung einer Ausgleichung der Rechte und Pflichten beider Väter ist schon kompliziert genug, wenn der zweite Ehegatte gutgläubig war, sie würden sich aber wieder modifizieren, je nachdem, wer von den beiden Ehegatten B. und C. beim Eheabschluss gutgläubig war oder bösgläubig [20]. Dies würde allerdings noch nicht bei bestehender Ehe zu berücksichtigen sein, denn da gibt es noch keine Möglichkeit die Ausübung jener Rechte zu verwehren. Wohl aber, wenn die Ehe beendigt ist durch Tod, Scheidung oder Nichtigkeitserklärung. Ist aber die elterliche Gewalt des bösgläubigen Elternteils beseitigt, so hat sie ihm in Wahrheit doch nie zugestanden; wie beurteilen sich dann seine bisherigen Massnahmen?

In favorem liberorum muss man aus Zweckmässigkeitsgründen auch eine doppelte Vertretung in persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten verwerfen. Allerdings trifft das BGB. als Ausnahme zu § 1775 in § 1797 Abs. 1 eine Sonderbestimmung, die lautet:

„Mehrere Vormünder führen die Vormundschaft gemeinschaftlich. Bei einer Meinungsverschiedenheit entschei-

[20]) vgl. Thiesing S. 203 ff. Im Falle der Bösgläubigkeit des C. würde dies sogar eine Erleichterung bedeuten.

det das Vormundschaftsgericht, sofern nicht bei der Bestellung ein anderes bestimmt wird".

Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass mehrere Mitvormünder innerhalb desselben Ressorts nur Kollektivvollmacht haben. Dies trifft nicht unseren Fall. Es wäre aber dennoch ein anderer denkbarer Fall möglich, den man gerade bei unserer Rechtslage in Erwägung ziehen könnte. Ein solcher Fall ist auf dem Gebiete des Familienrechtes möglich, wo eine Doppelvertretung vorliegt, die aber nicht Kollectivvertretung ist. Es liegt dann folgende Rechtslage zu Grunde [21]:

Ein unter Vormundschaft stehendes uneheliches Kind wird durch nachfolgende Ehe seiner Eltern legitimiert. Da das Kind mangels elterlicher Gewalt bisher unter Vormundschaft stand, so müsste die Vormundschaft, da jetzt ihre Voraussetzung fehlt, eigentlich wegfallen. Trotzdem hört diese nicht sofort auf mit der Eheschliessung, sondern erst, wenn ein Urteil zwischen dem Mündel und dem Ehemann dessen Vaterschaft rechtskräftig festgestellt hat, oder die Aufhebung der Vormundschaft durch das Vormundschaftsgericht angeordnet wird.

Diese Abweichung von der Regel wäre wohl besser unterblieben. Dieser seltene Fall ist jedoch praktisch sehr unbedeutsam, da die Doppelvertretung regelmässig nur ganz kurze Zeit andauern wird. Eine ähnliche Anwendung dieser Vorschrift auf andere Fälle liesse sich nicht rechtfertigen. Geradezu unbillig wäre es, eine analoge Anwendung beim konkurrierenden Nutzniessungsrecht, das auch Verwaltungspflicht ist, herbeiführen zu wollen, da diese einerseits jeder inneren Berechtigung ermangelt, andererseits dem Kinde dadurch wieder Schaden erwachsen würde.

Wegen der prinzipiellen Bedeutung solcher unhaltbarer

---

[21]) BGB. § 1883.

doppelten Verwaltung, halten wir es für angebracht, an dieser Stelle kurz die Tragweite zu skizzieren, die dann etwaige Meinungsverschiedenheiten der beiden Verwalter zeitigen könnten.

In Statusangelegenheiten und vermögensrechtlichen Fragen über Mündelgut kommt meist den Gerichten das letzte Wort zu. Daher drängt sich auch in unserem Falle bei Meinungsverschiedenheit der beiden Verwalter sofort der Gedanke an eine Entscheidung des konkreten Falles durch das Gericht auf. Hierzu fehlt aber jede Grundlage im Gesetz. Selbst bei Zulassung einer Entscheidung im Prozesswege — man denke nur an Kontumazfälle, wenn die alsbaldige und endgültige Feststellung geradezu eine Notwendigkeit für das Kind bildet — wird uns dieser Ausweg nicht sympathischer. Auch das Ergebnis, die Angelegenheiten des Kindes beim alten zu lassen, ist keineswegs befriedigend. Dass unter solchen hemmenden, erschwerenden Umständen die Interessen des Kindes wenig gedeihlich gefördert werden, ergibt sich ohne weiteres. Aus praktischen Gründen und Erwägungen ist daher auch die Aufnahme solcher störender Bestimmungen in das Gesetz unterblieben.

Wir haben uns nicht gescheut, diese vielleicht etwas lang erscheinenden Ausführungen und Erwägungen anzustellen, doch verfolgten wir damit den Zweck, die Tragweite solcher unhaltbarer Verhältnisse recht deutlich vor Augen zu führen. Es empfehlen sich jedoch noch einige weitere Betrachtungen. Und zwar handelt es sich darum, zu erforschen, welche Stellung der Gesetzgeber zu ähnlichen Fällen genommen hat. Welchen Ausweg er eingeschlagen hat, um aus einer ähnlichen unerquicklichen Rechtslage zu einer gesunden und befriedigenden Lösung zu kommen. Und so hat die Absicht des Gesetzgebers, derartige Kollisionsfälle zu vermeiden, im BGB. selbst Ausdruck gefunden.

§ 8.

Der Fall des § 1600.

Bestrebt, die Härten des formellen Rechts zu mildern und es den Bedürfnissen des praktischen Lebens anzupassen, hat uns der Gesetzgeber selbst die Bahn für einen ähnlichen Fall vorgezeichnet, auch wenn sich natürliche und rechtliche Vaterschaft nicht decken. Und zwar liegt dann folgende Rechtslage zu Grunde:

Eine Frau hat ihre Ehe aufgelöst. Sie nimmt aber keine Rücksicht auf das Ehehindernis der Wartefrist, sondern verheiratet sich schon vor Ablauf dieser Frist von neuem. In der Folgezeit gebiert sie ein Kind. Sobald nun der zwischen der Geburt des Kindes und der Auflösung der ersten Ehe verflossene Zeitraum innerhalb der nach § 1592 berechneten Empfängniszeit liegt, ergibt sich wieder nach den früher gemachten Ausführungen über die Ehelichkeit, dass in einem solchen Fall das Kind gemäss § § 1571 ff. ein eheliches des ersten und auch des zweiten Mannes sein würde. Für diesen ungewöhnlichen Fall trifft der § 1600 die Entscheidung:

„Wird von einer Frau, die sich nach Auflösung der Ehe wieder verheiratet hat, ein Kind geboren, das nach den § § 1591 bis 1599 ein eheliches Kind sowohl des ersten als des zweiten Mannes sein würde, so gilt das Kind, wenn es innerhalb zweihundertundsiebzig Tagen nach der Auflösung der früheren Ehe geboren wird, als Kind des ersten Mannes, wenn es später geboren wird, als Kind des zweiten Mannes".

Also ziehen wir das Fazit:

1) Das Kind ist innerhalb zweihundertsiebzig Tagen nach Auflösung der ersten Ehe geboren, dann gilt es als eheliches Kind des ersten Ehemannes.
2) Das Kind ist später geboren, dann gilt es als Kind des zweiten Mannes.

Planck [22] schreibt hierzu: „Der in § 1600 behandelte Fall kann nur eintreten, wenn wenigstens ein Teil der Empfängniszeit (§ 1592) des Kindes noch in die erste Ehe fällt, und das Kind in der zweiten Ehe geboren ist. Unter diesen Voraussetzungen ist der Fall zunächst in der Weise möglich, dass während der Empfängniszeit sowohl der Mann der ersten Ehe als auch der Mann der zweiten Ehe der Frau beigewohnt hat, wobei es gleichgültig ist, ob die Beiwohnung des zweiten Mannes in die Zeit der ersten Ehe oder in die Zwischenzeit der ersten oder zweiten Ehe, oder in die zweite Ehe fällt.

Der Fall ist ferner in der Weise denkbar, dass während der Empfängniszeit nur der Mann der ersten Ehe oder nur der Mann der zweiten Ehe der Frau beigewohnt hat, der Mann der ersten Ehe, bezw. der zweiten Ehe aber das Anfechtungsrecht noch nicht ausgeübt, oder es nach §§ 1594—1598 verloren hat".

Die Protokolle [23] heben mit Recht hervor, dass die Regelung dieser Rechtsposition auf diese Weise zu einem befriedigenden Ergebnisse gelange, aus sonst gar nicht lösbaren Schwierigkeiten [24].

Eine Anwendung des § 1600 soll jedoch nur unter der Voraussetzung gestattet sein, wenn keiner der beiden Männer die Ehelichkeit des Kindes erfolgreich angefochten hat. Es gilt dann vielmehr als eheliches Kind des zweiten Mannes (abgesehen davon, dass auch dieser mit seiner Anfechtungsklage siegreich durchgedrungen ist und umgekehrt [25]). Ferner ist bei der Anwendung des § 1600 noch zu beachten, ob die erste oder zweite Ehe nichtig war und ob ihr die Voraussetzungen des § 1699 zukommen. Sonst

---

[22]) Planck, Bem. 2 zu § 1600.

[23]) Prot. 4. S. 478.

[24]) Gemeint ist, daß das Kind als eheliches sowohl des ersten, als auch des zweiten Mannes gelten würde.

[25]) So Engelmann, Bem. 2 zu § 1600, ebenso Planck, Blume, Fischer-Henle.

ist das Kind ein eheliches des Mannes, dessen Ehe gültig ist [26].

Auf den ersten Blick mag es scheinen, als ob mit dieser Lösung auch ein Ausweg aus unserer Normenkollision gefunden sei. Bietet uns aber der § 1600 wirklich eine Hilfe? Wir glauben dies verneinen zu müssen. Richtiger Ansicht nach ist eine Anwendung des § 1600 trotz der grossen Aehnlichkeit mit unseren Fällen nicht gerechtfertigt. Sicherlich sind aber solche Rechtssätze analoger Ausdehnung fähig, wenn nur ihr Grundgedanke auch im analogen Fall zutrifft. Wenn wir aber unseren Fall darauf hin prüfen, so müssen wir selbst eine analoge Anwendung ablehnen. Diesen, unseren Standpunkt, so überraschend er scheinen mag, wollen wir näher begründen.

Gegen eine Anwendung des § 1600 überhaupt spricht schon sein Wortlaut, aber auch die Anwendbarkeit im Wege der Analogie erscheint zweifelhaft, aus rein praktischen Erwägungen.

Der entscheidende Zeitpunkt für die Zuweisung des Kindes ist in § 1600 gesetzlich bestimmt: Der Ablauf des zweihundertundsiebzigsten Tages nach Auflösung der ersten Ehe. In unserem Falle liegt jedoch ein offenbarer Mangel eines solchen entscheidenden Zeitpunktes vor. Dadurch wird erst recht eine analoge Rechtsanwendung erschwert, da dann eine richtige Würdigung der einzelnen Fälle kaum möglich sein wird. Zumal jeder einzelne Fall, der vor den Richter kommen wird, ein anderes Bild bietet und daher eine besondere Beurteilung erheischt. Es ist daher u. E. nicht unbedenklich, wenn nicht verfehlt, obwohl es als das Naheliegendste erscheint, wollte man, um einen solchen Zeitpunkt ähnlich § 1600 zu erhalten, das Ende des tatsächlichen Verkehrs mit dem ersten Mann als jene scheidende

---

[26]) Planck, Bem. 2. zu § 1600.

Grenze festzustellen suchen. Ist doch schon der Nachweis der Zeugung eines Kindes durch eine bestimmte Person mit so grossen Schwierigkeiten und Ungewissheiten verknüpft, dass er in den meisten Fällen kaum zu erbringen wäre. So war schon bei der Aufstellung des § 1600 das Leitmotiv, einerseits die Familienverhältnisse auf eine möglichst klare und sichere Grundlage zu bringen, andererseits aber auch, und das betonen wir ganz besonders, die intimsten Familienangelegenheiten, die sonst einer für die Beteiligten höchst peinlichen und ehrverletzenden öffentlichen Erörterung unterzogen worden wären, vor einer solchen Preisgabe zu bewahren, wodurch nicht nur viel Abstossendes unausgesprochen, sondern auch der Familienfrieden möglichst gewahrt bleibt.

Man hat daher von der Anwendung der allgemeinen Beweisgrundsätze Abstand genommen und dafür bei der Vaterschaftsvermutung zwei wichtige gesetzliche Präsumptionen aufgestellt, die diesen schwierigen Nachweis erleichtern. So bestimmt § 1592 als die Empfängniszeit die Zeit einschliesslich vom 181. bis zum 302. Tag vor der Geburt. Weiterhin wird in § 1591 Abs. 2 vermutet, dass der Ehemann innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe.

Um so mehr wird man daher in unserem Fall von dem immer zweifelhaften Notbehelf der Analogie absehen, da, wie schon hervorgehoben, im Leben ein solches entscheidendes Merkmal meistens noch verwischt ist. Müssten doch sonst die ehelichen Beziehungen der allerpersönlichsten Natur, die wider Willen der Beteiligten vor dem Richter aufgerollt würden, an die Oeffentlichkeit gezogen werden. Für wieviel abstossende Einzelheiten müsste da der Beweis erbracht werden! Und selbst dann ist das Ergebnis vielleicht noch ein unsicheres. Um nun solche peinliche Situationen nicht noch vermehren zu helfen, wollen wir von einer analogen Anwendung deshalb absehen.

§ 9.

Ein anderer Ausweg?

Man muss also zur Lösung des Konflikts zu anderen Mitteln und Wegen greifen. Prüfen wir daher als Ausgangspunkt unserer Untersuchung, den gesetzgeberischen Zweck des § 1699 etwas eingehender. Je tiefer man in das Gesetz eindringt, so wird man finden, daß dasselbe sicherlich von der Annahme ausgeht, dass die eheliche Abstammung einem Kinde zum Vorteil gereicht. Denn die Rechtsstellung unehelicher Kinder ist, den ehelichen gegenüber, abgesehen von ihrer gesellschaftlichen Zurücksetzung infolge des Makels unehelicher Geburt, immer noch eine geminderte. Um nun die Zahl der unehelichen Kinder nicht noch zu vermehren, bestimmt § 1699:

„Ein Kind aus einer nichtigen Ehe, das im Falle der Gültigkeit der Ehe ehelich sein würde, gilt als ehelich, sofern nicht beide Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschliessung gekannt haben.

Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn die Nichtigkeit der Ehe auf einen Formmangel beruht, und die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen worden ist".

Es liegt diesem Paragraphen offenbar eine soziale Tendenz zu Grunde. Der mutmassliche Wille des Gesetzgebers war, die Interessen des Kindes zu fördern, mithin Opportunitätserwägungen zugunsten des Kindes, das sonst unverdienterweise Schaden erleiden würde, wenn es unehelich wäre. Dieser Standpunkt ist schon in den Motiven [27] niedergelegt. Nach den bisherigen Ausführungen also, wann der § 1699 anzuwenden ist, ergibt sich:

Sobald den Kindern ohne dem Schutz des § 1699 die weniger günstige Lage der Unehelichkeit droht, ist dieser Notbehelf anzuwenden. Untersuchen wir auf diesen Aus-

---

[27]) Mot. 4. S. 844: „Auch den Rücksichten der Billigkeit gegen die Kinder muß in gebührender Weise Rechnung getragen werden".

schlag gebenden Grund hin unsere Fälle, so scheint indess die Anwendung von § 1699 ungerechtfertigt. Liegt doch bei uns die Rechtslage vielmehr so, dass sie gerade im Gegensatz zu § 1699 in ihrem Endziel nicht Unehelichkeit, sondern doppelte Ehelichkeit der Kinder bedeutet. Daher ist das vorgeschlagene Rechtsmittel unbrauchbar und kann für eine wirksame, den wirklichen Verhältnissen entsprechende Durchführung gar nicht in Betracht kommen.

Es wird nun vielfach die Ansicht vertreten, dass in § 1699 nicht eine Präsumption, sondern eine Fiktion ausgesprochen sei. So äussert sich hierüber Blume [28]: „Und zwar wird nicht nur vermutet, dass das Kind ehelich sei, sondern das Kind i s t ehelich". Im gleichen Sinne entscheidet sich Hedemann [29] für eine Fiktion:

„Mit den § § 1699 und 1720 Abs. 1 steht es nicht anders. Der mit „es sei denn" eingeleitete Nebensatz des letzteren bildet auch hier nichts weiter als eine materielle Voraussetzung, ohne deren (negatives) Vorhandensein die Gesetzesregel gar nicht in Frage kommt. Wenn anders als in § 1591 das Kind nicht ehelich „i s t" sondern „g i l t", so bedeutet das sachlich keine Aenderung, die Abweichung ist gleichsam Gefühlssache, Stilfrage, man scheute sich — mit gutem Grunde — von einem Kinde aus nichtiger Ehe, also beim Fehlen der allerersten Grundlage, zu sagen, dass es ehelich „sei", aber man wollte es nicht unter der Schlechtigkeit des einen Elternteils leiden lassen und griff daher zum materiellrechtlichen Typus der Fiktion. Hier von Vermutung zu sprechen scheint mir umso weniger glücklich, als nicht einmal eine entsprechende Laienvermutung zu Grunde liegt".

Die Ausführungen Hedemanns, die auch von Thiesing [30] geteilt werden, entscheiden sich u. E. mit Recht für eine

---

[28]) Blume § 1699 Bem. 4.
[29]) Hedemann S. 249.
[30]) Thiesing a. a. O.

Fiktion. Sie erleiden jedoch in unserem Falle eine Einschränkung. Insoweit nämlich eine solche Fiktion betreffend die Stellung des Kindes gegenüber der Putativehe nur dann zutreffen kann, wenn nicht schon für das Kind die Ehelichkeitsvorschriften der § § 1591 ff. in Betracht kommen.

Ueber die Frage, ob § 1591 Abs. 1 eine Fiktion ausspricht, sind die Meinungen geteilt; es dürfte mit Hedemann [31] zu bejahen sein. Wer aber § 1591 Abs. 1 zu den Vermutungen rechnet, der müsste dann freilich notwendigerweise, ganz wie in unserem Falle, bei Konkurrenz zwischen Fiktion und Vermutung, sich für letztere entscheiden.

Dieses auffallende Resultat entspricht aber durchaus nicht der Billigkeit, und schon dieser Gesichtspunkt rechtfertigt die Ansicht, dass es sich in § 1591 Abs. 1 — anders verhält es sich mit Abs. 2 — um eine Fiktion handelt. Wir pflichten Riezler bei, der unter Ehelichkeit einen reinen Rechtsbegriff versteht, dessen Voraussetzungen in § 1591 Abs. 1 geregelt sind. Allerdings stützt sich eine dieser Voraussetzungen auf eine Vermutung. (§ 1591 Abs. 2.)

§ 10.

Die Entscheidung nach den bisherigen Darlegungen.

Bei der Prüfung der Frage, wie der durch unsere Rechtslage gegebene Konflikt zu entscheiden sei, müsste nach den bis jetzt angestellten Erörterungen die Lösung zugunsten des Mannes der ersten Ehe, also des A, ausfallen. Und zwar hauptsächlich aus dem Grunde, dass bei den widerstreitenden Interessen beider Ehegatten, die Rechtsfolgen der unanfechtbaren giltigen ersten Ehe, die der bloßen Putativehe überdauern, also ihr vorgehen. Dies mag fürs erste richtig und gerecht erscheinen. Bei eingehender

[31]) Hedemann S. 246. Er erklärt im Gegensatz zu § 1591 Abs. 1 für eine Fiktion. Es sei „die schwerste Preisgabe des Namens Vermutung".

Würdigung der Tragweite einer solchen Entscheidung in unseren Fällen wird man bald die darin liegende Härte erkennen. Daher hat auch das Reichsgericht in einem nicht veröffentlichten Urteil [32] im anderen Sinne entschieden, wodurch es sich den wirklichen Verhältnissen viel mehr anpasst. Es nimmt folgende Stellung ein:

„Bei einer Doppelehe der Frau hebt sich die Vermutung (!) der Ehelichkeit, da sie gleichzeitig für beide Männer gelten würde, gegenseitig auf. Es kann daher nur die tatsächliche Abstammung entscheidend sein".

Da jenes reichsgerichtliche Urteil nicht veröffentlicht worden ist, lässt sich nicht nachprüfen, wie der entschiedene Fall in Wirklichkeit gelagert war. Dies wäre zur Erkenntnis der reichsgerichtlichen Auffassung der rechtlichen Natur jener Doppelehe wünschenswert gewesen. Wahrscheinlich lag der Entscheidung eine bigamische Ehe zu Grunde, deren Nichtigkeit noch nicht geltend gemacht war. Uns interessiert in unseren Fällen dann lediglich die Frage, wie man jetzt, da „sich beide Vermutungen gegenseitig aufheben" die tatsächliche Abstammung nachweisen will. Wie beschwerlich eine derartige auf Intima abzielende Beweisführung im konkreten Falle wäre, haben wir schon weiter oben klar gelegt.

Greifen wir zu dem Ergebnis zurück, dass die Kinder aus der Putativehe dem ersten Manne zuzubilligen seien, so unterliegt diese Auffassung auch vom rechtspolitischen Standpunkt aus den schwersten Bedenken. Denn wie diese Lösung verkehrt ist, bedeutet sie auch den tatsächlichen Verhältnissen gegenüber eine jedem Rechtsgefühl widersprechende Verkennung der Sachlage. Soll sich doch die Entscheidung den wirklichen Verhältnissen anpassen. Wenn aber diese beeinträchtigt werden, die Rechtslage sich nicht mit ihnen deckt, sondern in auffälligem Missverhältnis dazu steht, dann erscheint eine solche Lösung wenig glück-

[32]) Komm. v. Reichsgerichtsräten, Schlußsatz von Bem. 1 zu § 1591.

lich, wenn nicht wertlos. Nirgends, wie in Statusangelegenheiten macht sich ein derartiger Widerspruch unangenehmer fühlbar. Obwohl gerade die Rechtsordnung die Ehelichkeitsfragen, die mehr auf sittlichem und sozialem Gebiet liegen, nicht alle Härten vermeiden kann, so muss sie doch wenigstens bestrebt sein, den realen Verhältnissen so nahe wie möglich zu kommen, die ja gerade den Stoff der Gesetzgebung bilden. Sobald von diesem Prinzip abgewichen werden soll, darf nur das Interesse der Kinder, also lediglich soziale und humane Motive, massgebend sein. Das bedeutet mit anderen Worten in unseren Fällen:

„Förderung der tatsächlichen und natürlichen Ehelichkeit zu Gunsten der in Frage kommenden Kinder."

Fassen wir unsere Fälle von diesem Gesichtspunkt aus ins Auge, so ist bei einer solchen Beurteilung, wie bisher, dieser Standpunkt durchaus verlassen. Sprechen doch alle Umstände mit grösster Wahrscheinlichkeit dafür, dass der zweite Ehegatte C. der Erzeuger der Kinder ist. Von einem gerechten Ausgleich der Interessen kann man dabei überhaupt nicht mehr sprechen. Der Kernpunkt und zugleich die Schwierigkeit ist — wir heben aber immer wieder hervor, dass dies Resultat ein Ergebnis der herrschenden Lehre ist — wie das Kind mit Hilfe des Gesetzes nur einem der beiden Väter und zwar dem natürlichen zugeteilt werden soll, ohne dass dem Kinde in Bezug auf den ersten Ehegatten A. noch irgendwelche Rechte und Pflichten zustehen.

Denn kurz noch einmal zusammengefasst, haben wir folgende unhaltbare Lage:

Einerseits haben die Kinder vom r e c h t l i c h e n Standpunkt aus unter Ausserachtlassung des § 1699 den ersten Gatten A. zum Vater, der ihnen meistens fremd und gleichgültig gegenübersteht, und bei dem sämtliche sittlichen Voraussetzungen für ein familienrechtliches Verhältnis fehlen.

Andererseits aber deuten die Umstände mit grösster Wahrscheinlichkeit darauf hin, dass die Kinder vom zweiten Mann C. gezeugt worden sind, dem sie schon von Natur aus durch Blutsbande, Erziehung und andere familiäre Beziehungen verbunden sind.

§ 11.

Wie ist die Frage der doppelten Ehelichkeit zu lösen?

Nachdem wir bis jetzt gezeigt haben, dass die Anwendung der geltenden Bestimmungen des BGB. nach herrschender Lehre nicht geeignet waren, die Lage zu klären, vielmehr nur Unsicherheit und geradezu Verwirrung in die Familienverhältnisse hineintrugen, wollen wir versuchen, Klarheit darüber zu erlangen, welche Wege und Bahnen am besten einzuschlagen sind, um aus jener Normenkollision zu einem gesunden Ergebnis zu gelangen. Mannigfaltig sind die vorgeschlagenen Wege, und alle gipfeln darin, jene Widersprüche mit dem Rechtsgefühl und den wirklichen Verhältnissen zu beseitigen. Zweifellos das richtige Ziel! In wie weit es aber den einzelnen gelungen ist, sich noch im Rahmen des Gesetzes zu halten, ob die vorgeschlagenen Theorien auch wirklich die Probe voll und ganz bestehen, das werden wir später bei eingehender Prüfung derselben noch sehen.

So tritt Riezler [33], da die von ihm zitierten Theorien nicht völlig befriedigen und in ihrer restlosen konsequenten Durchführung selbst wieder zu praktisch bedenklichen Ergebnissen führen, für das Prinzip der Begünstigung des tatsächlichen familienrechtlichen Besitzstandes ein, des Rechtsbesitzes [34], wie er

[33]) Riezler S. 72 ff.

[34]) Die Meinungen über den Begriff des „Rechtsbesitzes" sind sehr geteilt. In die Polemik einzugreifen, liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit. Es sei daher auf Krückmann Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 108 S. 179 ff. verwiesen.

ihn auch nennt. Da Riezler eine gerechte Lösung ohne ein Verlassen des Bodens des Gesetzes nicht für möglich hält, schlägt er von Anfang an ein bewusstes Abweichen vom Gesetz vor. Die technische Durchführung seines Vorschlages würde sich in keiner Weise schwierig gestalten. Wir wollen kurz die Richtlinien andeuten, wie sich Riezler die Lösung unserer Frage denkt. So geht er sehr richtig davon aus, dass die ganze Schwierigkeit bisher darin bestand, dass der natürliche Vater ein Anfechtungsrecht der Ehelichkeit der Kinder nicht hat, während dasselbe nur in den Händen des ersten Ehegatten ruht. Die Bedeutung, die eine solche Regelung für die Wirklichkeit hat, soll weiter unten noch eingehender erörtert werden.

Riezlers Auffassung liegt der richtige Gedanke zu Grunde, dass im Leben die Fälle wohl meistens so gelagert sind, dass die Frau infolge der leicht erweislichen Trennung „den Umständen nach offenbar“ (§ 1591) die in der zweiten Ehe geborenen Kinder vom ersten Mann empfangen hat. Er schlägt daher vor, von § 1593 eine Ausnahme zu machen. Derselbe lautet nämlich:

„Die Unehelichkeit eines Kindes, das während der Ehe oder innerhalb 302 Tagen nach der Auflösung der Ehe geboren ist, kann nur geltend gemacht werden, wenn der Mann die Unehelichkeit angefochten hat, oder ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben gestorben ist“.

Auch wir sind weit davon entfernt, diese Anordnung über die Anfechtung als ein Muster gesetzgeberischer Technik hinzustellen, denn in unseren Fällen würde es eine recht unglückliche Lösung bedeuten. Es kann also nach dem BGB. nur der Mann — das wäre also nach den früheren Darlegungen der erste Ehegatte A. — die Unehelichkeit der Kinder anfechten. Mit dieser Tatsache haben wir also zu rechnen. Damit würde aber das BGB. auf die individuellen Verhältnisse, besonders auf den zweiten Ehegatten, keine Rücksicht nehmen, sondern sich der Notwen-

digkeit einer verschiedenen Behandelung verschliessen. Natürlich können dadurch Rechtslagen entstehen, die zu den grössten Unbilligkeiten führen. Hierzu bemerkt Cosack [35] treffend:

„Solange der Ehemann von seinem Anfechtungsrecht keinen Gebrauch macht, darf seine Vaterschaft von niemandem in Frage gezogen werden, insbesondere muss das Kind selber den Ehemann seiner Mutter widerspruchslos als seinen Vater gelten lassen; das gleiche ist der Fall, wenn der Ehemann sein Anfechtungsrecht durch Anerkennung des Kindes oder durch Fristablauf eingebüsst hat (1593). Dass die Vaterschaft des Ehemannes offenbar unmöglich ist, ändert an dieser Regel nichts".

Wie verfehlt und bedenklich dieses Anfechtungsrecht nun ist, geht daraus hervor, dass in unseren Fällen der erste Ehegatte A. es ganz in der Hand hat, dem natürlichen Vater C. die Möglichkeit der Geltendmachung der Ehelichkeit in Bezug auf ihn und der Unehelichkeit auf sich, dadurch zu entziehen, dass er es unterlässt, seinerseits die Anfechtungsklage zu erheben. Dabei können Schikane oder sonstige Motive der unlautersten Art den ersten Ehegatten zum Unterlassen bestimmen, sei es, um die Nutzniessung am Kindesvermögen zu erhalten, sei es, um dem zweiten Ehegatten die gewünschte Nachkommenschaft zu entziehen. Ein Schutz der Kinder findet auch nicht statt, mag der erste Ehegatte bestimmt wissen, dass die Kinder nicht von ihm abstammen. Er kann die Rechte eines ehelichen Vaters ganz nach Belieben in Anspruch nehmen und durch sein Unterlassen die Geltendmachung von Ansprüchen der Kinder gegen ihren Erzeuger ausschliessen, mithin deren Rechte verkürzen.

---

[35]) Cosack S. 628 Bem. 2a, vgl. auch das unter IV. angeführte Beispiel S. 629.

Fassen wir das Ergebnis der besprochenen Art ins Auge, so ist es derartig unbefriedigend, dass daraus die Unhaltbarkeit des geltenden Anfechtungsrechtes und die Notwendigkeit zu folgern ist, das Recht der Bestreitung der Ehelichkeit zum mindesten auf den Putativehemann und die sonst noch daran Beteiligten zu erweitern. Ganz, wie es auch Riezler richtig vorschlägt, von § 1593 eine Ausnahme zu machen. Denn sonst wird möglicherweise das Kind gezwungen an unerträglichen Verhältnissen festzuhalten, wodurch alle Familienbeziehungen zerrissen, die Statusverhältnisse nur noch verwirrter werden. Dies wäre aber erst de lege ferenda zu berücksichtigen. Vorläufig ist es noch nicht geltendes Recht, und wir müssen mit diesem rechnen, so wie es ist und mit den jetzt geltenden Bestimmungen ein billiges Resultat zu erreichen suchen.

Wie aber kommen wir einen Schritt vorwärts? Hat der Richter die Freiheit, nach seinem Gutdünken die Umstände des einzelnen Falles zu ermessen und demgemäss zu entscheiden? Der heutige Richter kann nicht wie der römische Prätor kategorisch entscheiden: Ita jus esto! Für ihn besteht eine Gebundenheit an das Gesetz. Gerade darüber äussert sich Fischer [36] treffend:

„Aber zwischen uns und den Römern besteht ein großer Unterschied. Wir sind bessere „Logiker", die Römer aber bessere „Juristen". Die Römer verzichten infolge ihres gesunden juristischen Taktes regelmässig darauf, die Konsequenzen ihrer Theoreme zu ziehen, sobald sie sich im einzelnen dadurch mit den Anforderungen der aequitas und utilitas in Widerspruch setzen. Bei uns dagegen ist der juristische Takt verfehmt, wir werden gelehrt und durch das Gesetz angehalten, die Konsequenzen solcher Sätze ohne Rücksicht auf die Billigkeit und Gerechtigkeit zu ziehen."

Wenn es also dem Richter überlassen wäre, seine Aufgabe gerecht zu lösen, und die Wissenschaft ihm die Hilfs-

[36]) Fischer S. 330.

mittel dazu bieten würde, dann wäre der Konflikt leicht gelöst. So, wenn etwa unseren Richtern der berühmte Artikel 1 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches zur Seite stehen würde:

„Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht, und wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Ueberlieferung".

Oder, wenn uns die Verwirklichung des römischen Satzes: Cessante ratione legis cessat lex ipsa erlaubt wäre, jener Ausfluss der aequitas, um das ius strictum zu mildern und den Bedürfnissen des praktischen Lebens anzupassen, dann wäre dem Ausweg Riezlers nichts entgegenzuhalten. Denn dann entfiele gleichzeitig die unangenehme Wartefrist, ob jener erste Ehegatte anficht oder nicht, oder ob er stirbt ohne angefochten zu haben. Es läge dann allerdings jene Härte des Gesetzes nicht vor, und es würden ganz brauchbare Rechtsfolgen eintreten. Es steht nun aber einmal dieses Hilfsmittel dem Richter nicht zu Gebote, vielmehr besteht für ihn eine Gebundenheit an das Gesetz, in das er nicht eigenmächtig eingreifen darf. Auch muss man auf dem Gebiet des freien richterlichen Ermessens sehr vorsichtig sein. Manche Willkür kann in einer solchen Rechtsfindung, selbst beim besten Willen gerecht entscheiden zu wollen, liegen. Daher ist dieselbe nicht immer das gepriesene Allheilmittel, um uns zum richtigen Ziele zu führen.

§ 12.

Im Fall einer falschen Todeserklärung.

Eine erhöhte Bedeutung gewinnt die Frage der doppelten Ehelichkeit dadurch, dass sie auch in einer Reihe anderer Fälle nach herrschender Lehre auftritt. Obwohl bei dem Zustandekommen der jetzt geltenden Bestimmungen [37]

[37]) Prot. 4. S. 452 ff.

betreffend die Auflösung der ersten Ehe und Wiederanfechtung der zweiten Ehe schwerwiegende Bedenken vorgebracht wurden, hat das BGB. dennoch eine Regelung der Materie vorgenommen, die keine genaue Auskunft gibt, wie sich das BGB. zur Auflösung der ersten Ehe verhält, wenn die zweite Ehe infolge der Anfechtung für nichtig erklärt worden ist. Nehmen wir den Standpunkt der herrschenden Lehre ein, so ergeben sich die gleichen unliebsamen Kollisionen, die wir in unseren früheren Darlegungen schon klargelegt haben. Legen wir unseren Betrachtungen folgenden Tatbestand zu Grunde:

I. Der toterklärte A. kehrt zurück und nur die Ehe wird angefochten.

A. ist verschollen, und seine Frau B. lässt ihn für tot erklären. Darauf geht sie mit C. eine neue Ehe ein. Sie gebiert dem C. in der Folgezeit ein Kind oder mehrere. Plötzlich kehrt A. wider alles Erwarten zurück. Jetzt ficht Frau B. ihre Ehe mit C. an, wegen Rückkehr des ersten Ehegatten A.

Welche Schwierigkeiten jetzt dadurch entstehen, dass die zweite Ehe angefochten werden kann, sei anschliessend dargestellt.

An sich hatte die Todeserklärung des A. auf den Bestand der Ehe A.-B. nur den Einfluss, dass dieselbe als aufgelöst galt (§ 18). Denn es war damit die Vermutung des Todes des A. und der Beendigung der Ehe A.-B. begründet. Stellte sich die Todeserklärung als unrichtig heraus, so war die Vermutung einfach widerlegt, und im Bestand der Ehe hätte sich nichts geändert. Nun lässt aber das BGB. eine Eingehung einer neuen Ehe zu, wie es auch in unserm Falle geschehen ist[38], durch den zurückgebliebenen Ehegatten B. Aber um den Nichtigkeitsgrund der Doppel-

[38]) Beachtlich hierüber das von Rabel in der Rhein. Zeitschr. Bd. 4. S. 177 Anm. 26 angeführte Beispiel: Ein drastisches Beispiel (aber freilich nur eins zur Abschreckung der Gesetzesanwendung) stellt mir

ehe zu vermeiden, wird durch diese neue Eheschliessung die erste Ehe tatsächlich aufgelöst. Ist daher die Todeserklärung falsch, weil etwa A. noch lebt, so ist die zweite Ehe deshalb nicht nichtig, es sei denn, dass beide Ehegatten bei der Eheschliessung Kenntnis vom Amlebensein des A. hatten. Es herrscht nun Streit, ob die neue Ehe gültig sein muss, um die alte Ehe aufzulösen, oder ob dies auch durch eine nichtige Ehe geschieht. Wir werden gerade auf diese Frage noch näher eingehen. Das Gesetz lässt aber in § 1340 eine Anfechtung der zweiten Ehe zu: „Jeder der neuen Ehegatten kann, wenn der für tot erklärte Ehegatte noch lebt, die neue Ehe anfechten".

Bei Zulassung einer solchen Anfechtung war wohl der Gedanke ausschlaggebend, dass dem conjux binibus sittliche oder religiöse Motive dazu veranlassen könnten. Zweifellos sehr ideal gedacht. Das Anfechtungsrecht steht den beiden neuen Ehegatten zu. Auf dem Standpunkt, dass die Anfechtung schon mit der Klageerhebung wirkt, stehen bereits die Motive. Daher ist bei erfolgreicher Anfechtung der Ehe B.-C. dieselbe als von Anfang nichtig [39] anzusehen

Herr Kollege Karl Lehmann zur Verfügung, der es gemeinsam mit Bernhöft zur Erheiterung der Rostocker juristischen Fakultät ersann: A. wandert aus und läßt Frau und Kinder nichts mehr von sich hören. Seine Frau läßt ihn für tot erklären und heiratet den C., mit dem sie 4 Kinder ins Leben setzt. A. liest im heimatlichen Blatt die Heirat und jede neue freudige Geburtsanzeige mit behaglichen Schmunzeln. Er heiratet drüben selber die D. und bekommt Kinder. Eines Tages aber entschließt er sich zu einem Ausflug in die Heimat. Dort wird er von seiner Verflossenen mit Jubel begrüßt. Sie hat ihren zweiten Gatten satt und A. ist reich geworden. Sie ficht die zweite Ehe an (1350). Damit lebt die alte Ehe wieder auf, und die des A. mit D. wird nichtig (oder war es vielleicht schon nach § 1348 Abs. 1). Die Kinder von B. und C. aber haben jetzt zwei eheliche Väter, da A. ihre Ehelichkeit nicht angefochten hat, und die Kinder von A. und D. sind unehelich. Ein reizendes Ergebnis, dem man allerdings irgendwie wird ausweichen müssen".

Daß die Kinder der Ehe A.-D. unehelich sein sollten, könnte nach deutschem Recht doch nur bei beiderseitiger Bösgläubigkeit eintreten; vgl. hierzu Bem. auf S. 32.

[39]) Der zurückgebliebene Ehegatte konnte sich vor der Nichtigkeit seiner neuen Ehe dadurch schützen, daß er zunächst die Scheidung der ersten Ehe herbeiführte, z. B. wegen böslicher Verlassung. Wir legen aber absichtlich einen anderen Tatbestand zu Grunde.

(§ 1343 Abs. 1). Die erste Ehe A.-B. aber gilt nach herrschender Ansicht als fortbestehend [40]. Nun steht dem A. also das Recht zu, die Ehelichkeit der Kinder aus der Putativehe in Bezug auf sich selbst anzufechten. Er braucht nur den Beweis zu führen, dass es „den Umständen nach unmöglich ist", (§ 1591) unter Hinweis auf seine Verschollenheit, dass die Frau die Kinder von ihm empfangen habe. Dieses Ergebnis würde durchaus dem Wesen der ersten Ehe und der Billigkeit entsprechen. Man beachte aber wohl, A. ist dazu ermächtigt, er kann aber nicht gezwungen werden, das nur ihm zustehende Anfechtungsrecht auszuüben [41]. Es ist also wieder ganz in das Belieben des Verschollenen gestellt, der vielleicht aus irgend welchen Gründen gezwungen war zu verschwinden, der seine Familie im Stiche liess und jetzt nach Verjährung des staatlichen Strafanspruches wieder auftaucht. Die inzwischen geborenen Kinder, deren Vater vielleicht in wohlhabenden Verhältnissen lebt, könnten dann leicht ein Ausbeutungsobjekt für den Verschollenen bilden. Unterbleibt also die Anfechtung der Ehelichkeit der Kinder, so liegt wieder folgende unhaltbare Kollision vor:

Die aus der Ehe B.-C. entsprossenen Kinder sind einerseits rechtlich die ehelichen Kinder des A. Andererseits gilt aber auch gleichzeitig die Vermutung des § 1699, und insofern gelten sie auch als eheliche Kinder des C. Denn die Ehe, obwohl von Anfang an als nichtig anzusehen, war eine Putativ-Ehe. Für die Beurteilung der eben geschilderten Rechtslage ist jede weitere

---

[40]) Von dem Gesichtspunkte aus würde eine inzwischen von A. und D. geschlossene Ehe nach § 1326 nichtig sein. Hierzu Engelmann Bem. 7 zu § 1348 gegen Erler S. 229 ff. Die Kinder aus der Ehe hätten dann die Stellung aus einer Putativehe; vgl. auch Prot. 4. S. 456.

[41]) Besser dagegen bestimmte § 1778 des Sächs. BGB.: „Eine Anerkenntnis der Vaterschaft von Seiten des Ehemannes tut weder den Rechten Dritter, noch den Rechten des Kindes Eintrag".

Kritik überflüssig, es gilt das Gleiche, wie in den bisher angeführten Fällen.

II. Der für tot erklärte A. kehrt zurück und die Ehe wird nicht angefochten.

Ein weiterer erheblicher Unterschied wird sich aber bei folgendem Fall im Gegensatz zu den bisher angeführten zeigen, zu dem wir uns nun wenden. Eine Rechtslage, welche sich wesentlich von den bisher angeführten unterscheidet, deren ungeheuerliche Folgen aber um so leichter eintreten können, da man wohl eher annehmen muss, dass bei einer Rückkehr des Verschollenen eine Anfechtung der Ehe nicht stattfindet, sondern lediglich die Tatsache der Rückkehr offenkundig vorliegt.

A., der für tot erklärt worden ist, taucht wieder auf. Seine Frau hat sich inzwischen mit C. verheiratet. Obwohl beide neuen Ehegatten B.-C. von der Rückkehr des A. Kenntnis haben, unterbleibt von ihrer Seite, und nur sie können ihre Ehe anfechten, eine Anfechtung dieser zweiten Ehe.

Die praktische Rechtsposition ist kurz wieder die, dass die Wiederverheiratung die erste Ehe, die auf Grund der Todesvermutung als aufgelöst galt, endgültig aufgelöst hat (§ 1348 Abs. 2). Die Vermutung des § 18 ist aber durch das Erscheinen des A. klar widerlegt, mithin hat die Ehe A.-B. bis zur neuen Ehe B.-C. fortbestanden, erst dann wurde die Ehe A.-B. aufgelöst. Die Frau B. hat nun innerhalb von 302 Tagen nach Abschluss der neuen Ehe ein Kind geboren. Die Konsequenz jener Rechtslage ist das ungeheuerliche Resultat, dass das Kind, wenn die Anfechtung unterbleibt, die aber nur durch beide Männer geschehen kann, ein eheliches Kind des A. und auch des C. ist. §§ 1591, 1592.

Die Lösung dieses Konfliktes lässt sich aber deshalb

nicht unter § 1600 subsummieren, da dieser Paragraph für den Fall geschaffen ist, wo die Frau sich n a c h Auflösung der Ehe mit dem für tot Erklärten wieder verheiratet hat. Hier aber fand eine vorhergehende Auflösung nicht statt, sondern die Ehe wurde erst durch den Abschluss der neuen Ehe, also gleichzeitig aufgelöst. Man könnte nun einwerfen, dass eben hier der Zeitpunkt der Auflösung und Wiederverheiratung zeitlich so nahe aneinander gerückt sind, dass sie sich decken, also nur ein Spezialfall vorliege.

Aber die herrschende Meinung, z. B. Engelmann [42] führt dagegen an: „Das Kind gilt gemäss § § 1591—1592 als eheliches sowohl des ersten, als des zweiten Mannes. Die Lösung des Konfliktes auf dem Wege des § 1600 ist nicht möglich, da diese Vorschrift Wiederverheiratung der Frau nach Auflösung der ersten Ehe voraussetzt, während in dem angeführten Fall die Auflösung der ersten Ehe erst mit dem Abschluss der zweiten, also gleichzeitig eingetreten ist.“ Im gleichen Sinn entscheidet sich Krüger [43] für die Unanwendbarkeit des § 1600 in unserem Fall. Dagegen durchaus für eine Anwendung des § 1600, der für unsern Fall nur geschaffen sei, tritt Neumann [44] ein.

Man schlug auch eine analoge Anwendung vor, so Blume [45], der für seine Ansicht folgendermassen argumentiert: „Wird die Todesvermutung widerlegt (so hier durch das Wiedererscheinen des A.), so wird der 270. Tag seit der Wiederverheiratung der Frau massgebend sein. Das Bedenken von Staudinger-Engelmann, dass § 1600 Wiederverheiratung n a c h Auflösung der früheren Ehe voraussetzt, gemäss § 1348 aber die Auflösung der ersten Ehe zugleich mit der Schliessung der andern eintrete, dürfte kaum durchschlagen, da gemäss § 1309 die Auflösung der ersten

---

[42]) Engelmann, Bem. 4 zu § 1600.
[43]) Krüger S. 72.
[44]) Neumann, Note A III, 3, 6β zu § 1593; ferner Bem. 1 zu § 1600.
[45]) Blume, Bem. 3a zu § 1600.

Ehe stets als vorangehend gedacht werden muss". Ebenso entscheidet sich Planck [46] für eine entsprechende Anwendung des § 1600 bei unserer Rechtsposition.

Dieses fortwährende Schwanken der Meinungen ist ein deutlicher Beweis, welch dringendes Bedürfnis nach einer Regelung dieser Materie vorliegt und welche Bedeutung ihr zugemessen wird. Besonders beachtenswerte Argumente sind es, die Riezler [47] auch hier gegen eine analoge Anwendung des § 1600 anführt. An einem treffenden Beispiel macht er die unannehmbaren Folgen einer entsprechenden Regelung unseres Falles klar, und beweist damit, welche Ungerechtigkeit darin gegen den zweiten Mann gelegen hätte.

Für den Fall nämlich, dass das Kind am 269. Tag nach Abschluss der Ehe B.-C. geboren werde, würde dieses Kind dann nicht als eheliches des C. gelten, denn das Gesetz schreibt in § 1600 als trennende Grenze für die Zuweisung den 270. Tag vor. Eine solche kürzere Schwangerschaftsdauer sei aber durchaus nichts Aussergewöhnliches, sondern geradezu der Regel- und Musterfall eines normalen Verlaufes. Infolgedessen trüge die Anwendung von § 1600 weniger zu einer Klärung, als vielmehr zu einer Verwirrung der Rechtsverhältnisse und der natürlichen Verhältnisse bei. Es bedeutet diese Anwendung also keine Hülfe, sondern eher eine Erschwerung.

Für das richtige Verständnis und Erkenntnis dieses Falles ist es von besonderer Wichtigkeit, auf einen fundamentalen Unterschied in Gegensatz zu den bisher angeführten Fällen hinzuweisen. Erst wenn man sich die Bedeutung und Ungeheuerlichkeit ein und desselben Normenkomplexes klar gemacht hat, wird man sich gewappnet fühlen, die schwierige Entscheidung der Frage über die Anwendung oder vielleicht nur analoge Anwendung des § 1600 gerecht treffen zu können.

---

[46]) Planck, Bem. 3 zu § 1600.

[47]) Riezler S. 74 ff.

Bei den bisher in Betracht kommenden Fällen waren die Kinder aus zweiter Ehe stets eheliche des ersten Mannes, zugleich aber galten sie als eheliche des zweiten Mannes. Jetzt aber bildet das durchaus davon abweichende, unterscheidende und wesentliche Merkmal, dass das Kind bei dieser Kollision sowohl eheliches des ersten, wie auch des zweiten Mannes ist. Selbst aber eine analoge Anwendung des § 1600 würde die Entscheidung zu Gunsten des früheren Ehemannes herbeiführen. Daher ist es aus praktischen Bedenken nicht ratsam, für eine solche einzutreten. Um aber dieser Unvollkommenheit des Zivilrechtes zu begegnen, gibt es nach Riezler nur den von uns bereits erwähnten Ausweg, bewusst vom Boden des Gesetzes abzuweichen.

Man hat neuerdings vielfach Versuche gemacht, dieses Problem auf andere Weise zu lösen. Man hat dabei eine Bahn eingeschlagen, die zuerst von Kohler [48] angedeutet worden ist, und dann von Herbert Meyer für einen ähnlichen Tatbestand weiter ausgeführt worden ist.

§ 13.

Die Theorie von Herbert Meyer.

In seiner Rechtsscheintheorie, wie wir dieselbe nennen wollen, glaubt Herbert Meyer [49], das Allheilmittel gefunden zu haben, das nicht nur aus unserem Normenkomplex zur richtigen Lösung führt, sondern auch aus andern ähnlichen Tatbeständen. Wir sind uns wohl bewusst, dass Herbert Meyer seiner Abhandlung nicht den gleichen Tatbestand wie bei unserer Rechtslage zu Grunde legt, gehen aber trotzdem auf seine Auffassung näher ein, da dieselbe auf den verschiedensten Rechtsgebieten Anwendung finden kann.

---

[48]) Kohler S. 33, insbes. S. 300 ff.

[49]) Meyer S. 75 ff.

Wir werden auch am Schluss zeigen, wie sich diese Auffassung in unserem Falle gestalten würde.

H. Meyer versteht unter Rechtsschein: Besitz an einem wahren Recht oder an einem Scheinrecht. Damit ist jedoch noch nicht ausgedrückt, dass jeder Rechtsschein auch Rechtsbesitz ist. Es erzeugen aber nicht nur solche Tatbestände einen Rechtsschein, die einen Schluss auf subjektiv bestehende Rechte zulassen, sondern äussere Tatbestände können ganz unabhängig von der Annahme eines bestimmten subjektiven Rechtes, einen Schluss auf alle dem Tatbestand entsprechenden Rechtswirkungen oder —um Missverständnisse zu vermeiden — auf einen Rechtszustand zulassen. Dazu gehören auch der Rechtsschein der Ehe und der Ehelichkeit.

H. Meyer geht zunächst vom Rechtsschein des Todes aus. Er will sich aber dabei den Vorwurf ersparen, es handle sich um einen Schluss auf das Bestehen eines Rechtsverhältnisses. Er nimmt vielmehr an, dass bei einer Todeserklärung weder von einem Schein, noch von einer Vermutung die Rede sein kann. „Es liegt weder ein Rechtsschein, noch eine Rechtsvermutung vor, denn der Tod ist eine Tatsache". Er stützt sich bei dieser Auffassung auf Hedemanns „Vermutung" [50]. Dort heisst es: „Scheinbar gehört diese Vermutung gar nicht in den Zusammenhang. Was wird vermutet? Der Tod, also eine Tatsache, und eine Rechtsvermutung geht doch gerade nicht auf Tatsächliches. Wenn wir aber berücksichtigen, dass nicht schlechthin vermutet wird, ein Mann sei gestorben, sondern dass er in einem bestimmten Zeitpunkt gestorben sei, so liegt darin bereits ausgesprochen, dass es nicht auf den Tod selbst, sondern auf die Summe aller Rechtswirkungen ankommt, die in dem Au-

[50]) Hedemann in Fischers Abhandlungen 1904 Bd. 11, 2, S. 258 ff., wo systematisch der Gegensatz zwischen Tatsachen und Rechtsvermutung in unserem bürgerl. Recht durchgeführt ist.

genblick des Todes hervorzutreten pflegen. Diese Summe wird vermutet. Es fehlt nur der Gesetzessprache an einem geläufigen Ausdruck; wäre etwa der Begriff eines „Totenrechtes“ in diesem Sinne allgemein anerkannt gewesen, so dürfen wir überzeugt sein, dass bei der Formung des § 18 die Vermutung darauf gerichtet worden wäre, dass das Totenrecht in dem betreffenden Zeitpunkte eingetreten sei“.

H. Meyer erblickt nun in bestimmten legitimierenden Tatbeständen — „rechtlich anerkannte äussere Erscheinungsformen“ — die gemeinsame Wurzel von Rechtsschein und Rechtsvermutung infolge eines der ganzen Rechtsordnung zu Grunde liegenden „immanenten Prinzipes“. In dieser Auffassung geht H. Meyer mit Krückmann überein: „Rechtsschein und Rechtsvermutung aber beruhen nicht auf der bewussten Hinnahme der Unwahrheit als Wahrheit, sondern das dem Schein entsprechende Sein wird bei der Vermutung unter Vorbehalt des Gegenbeweises als bewiesen angenommen, beim Rechtsschein auch materiell rechtlich als vorhanden behandelt, nicht trotz seiner Unwarheit, sondern weil erfahrungsgemäss hinter dem Schein das Sein steht. Darum ist die Vermutung jederzeit widerlegbar, der Schein nur solange, als nicht infolge seiner Einwirkungen auf das materielle Recht aus dem Schein ein Sein geworden ist. Es wäre aber unmöglich, eine Rechtscheinvermutung ohne Rechtsscheintatbestand anzunehmen und umgekehrt“. Allein diese Auffassung soll sich nicht nur auf die im Gesetz aufgeführten Fälle beschränken, wo an die aufgestellten Vermutungen positive Rechtsfolgen geknüpft werden, sondern sie muss auch ausgedehnt werden, da wo die Verkehrsanschauung (!) bestimmte Tatbestände als „typische Erscheinungsform“ einer bestimmten Rechtslage betrachtet. Mithin braucht der Richter, der solche Fälle zu beurteilen hat, sich nur an jenes Prinzip zu halten und die Rechtslage als „er-

wiesen“ (!) anzunehmen, solange der Gegenbeweis noch nicht geführt ist. Die Entscheidung und Berücksichtigung der einzelnen Interessen wird der Richter vom Gesichtspunkt des Veranlassungsprinzipes am besten treffen. „Sind auf Grund des Scheines, den man nach Verkehrsanschauung für Wahrheit halten durfte, Rechte erworben worden, die bei der Aufdeckung des Scheines hinfällig werden müssten, so ist der Anfechtung insoweit als der Scheinberechtigte Schaden erleiden müsste, die Wirkung zu versagen, wenn die Veranlassung für die Entstehung des Scheins auf Seiten dessen gelegen hat, gegen den er sich kehrte. Hätte der andere Teil mit Veranlassung gegeben, so könnte es auch zur Aufrechnung kommen, und richterliches Ermessen darüber entscheiden, inwieweit die eine oder die andere Partei den unvermeidlichen Nachteil auf sich nehmen müsse“.

Diesen Ausführungen ist zunächst entgegenzuhalten, dass wir den bereits früher erwähnten Artikel 1 des Schweizer. Zivilgesetzbuches nicht besitzen. Wie aber sollte die vorgeschlagene Aufrechnung bei einem Streit über die Ehelichkeit des Kindes vor sich gehen, wenn die Frau gutgläubig, der zweite Mann aber beim Eheabschluss bösgläubig war? H. Meyer schlägt nun vor, den Veranlassungsbegriff nicht zu weit, aber auch nicht zu eng zu fassen, sodass z. B. schon der als Veranlasser zu betrachten ist, der „gegen kundbare Tatsachen nichts unternimmt“. So, wenn sich jemand im Falle der Todeserklärung nicht gegen das Aufgebot gewandt hat. Ob er dazu auch subjektiv in der Lage war, und ob er auch Kenntnis davon hatte, ist nicht ausschlaggebend. Nun überträgt H. Meyer die eben entwickelte Ansicht auf die Rechtsscheinwirkung des Todes, wobei er, von der Vermutung des § 18 ausgehend, annimmt, im festgestellten Zeitpunkt des Todes treten die Rechtswirkungen ein. Da nun Rechtsschein und Rechtsvermutung Parallelwirkungen eines kundbaren Tat-

bestandes sind, so muss es bei der Todesvermutung, denn diese ist eine Rechtsvermutung, auch einen Rechtsschein des Todes geben, und zwar nach jeder Richtung hin. Durch die Todeserklärung war der für tot Erklärte für die Rechtsordnung tot, und nur der Lebende hat Recht. Dadurch erlöschen die höchst persönlichen Familienrechte beim Rechtsschein des Todes. Eine spätere Anfechtung beseitigt nicht alle inzwischen eingetretenen Wirkungen und diese muss der Verschollene gegen sich gelten lassen. Wer aber mit der herrschenden Meinung, soweit nicht Sondervorschriften bestehen, der Todeserklärung voll widerlegbare Vermutungswirkungen beimisst, der kommt zu den unhaltbarsten Konsequenzen. Man muss also bei der Todeserklärung eine Rechtsscheinwirkung annehmen und die schützen, welche dem Schein trauten. Auf Grund der unsere Rechtsordnung beherrschenden Prinzipien muss eine Rechtsregel gebildet werden, mit der man dann im Geist des Gesetzes die sich ergebenden Lücken ausfüllt. Dieses Prinzip ist die von H. Meyer vertretene Rechtsscheintheorie. Die Durchführung jenes Rechtsscheinprinzipes führe auf dem Gesamtgebiete des BGB. stets zu billigen Resultaten und niemals zu Härten.

Nachdem wir so ein Bild vom Rechtsscheinprinzip gewonnen haben, können wir uns nun dazu wenden, wie sich H. Meyer eine Anwendung auf dem Gebiete des Familienrechtes denkt.

Die Wirkung der Todesvermutung auf die Ehe ist nicht ausgeschaltet worden. Hat sich nun der zurückgebliebene Ehegatte, vertrauend auf den Schein des Todes, wieder verheiratet, so ist diese neue Ehe gültig und bleibt es auch, trotz späterer erfolgreicher Anfechtung des Scheines. Denn durch die Anfechtung wird nur der Schein des Todes, nicht aber das materielle Gattenrecht der zweiten Ehe beseitigt. Der zurück-

gebliebene Ehegatte hatte auf Grund des Rechtsscheines eine veränderte personenrechtliche Stellung, die jetzt aber nicht mit rückwirkender Kraft wieder wegfällt [51].

Nun einen Blick auf das Kindschaftsverhältnis, das für uns von besonderem Interesse ist. Wir wiederholen aber, dass H. Meyer einen anderen Tatbestand zu Grunde legt, nämlich: Der zurückgebliebene Ehegatte verheiratet sich vorerst nicht wieder, gebiert aber nach der Todeserklärung mehrere Kinder, die durch nachfolgende Heirat mit dem Schwängerer legitimiert werden sollen. Welchen Einfluss übt nun die Todeserklärung auf diese Kinder aus? Es wird hier der Rechtsschein des Todes ganz unentbehrlich, will man nicht zu den unhaltbarsten Resultaten gelangen. Diese nach der Verschollenheit gezeugten Kinder haben nur den Rechtsschein der Ehelichkeit für sich, da sie tatsächlich unehelich sind. Dieser Rechtsschein der Unehelichkeit kann nur von einer Seite angefochten werden, nämlich vom zurückgekehrten Verschollenen. Unterlässt es dieser, so entstehen die erwähnten Unbilligkeiten. Liesse sich nun dieser Zustand nicht etwa mit der Vermutung der Todeserklärung beseitigen? Wenn die Beiwohnung des für tot Erklärten vermutet wird, so vermute man damit auch, dass ein Toter beigewohnt habe. Man muss also, um nicht zu einem solchen sinnlosen Schluss zu gelangen, anerkennen, dass die Tatsachenvermutung schon durch die Verschollenheitsvermutung widerlegt ist. Wenn aber der für tot Erklärte noch lebt? Sollte wirklich das Fazit gezogen werden, dass die nach der Verschollenheit geborenen Kinder eheliche des Verschollenen sind, und auch dann, wenn sie durch nachfolgende Ehe mit dem Schwängerer legitimiert werden sollen? Da die Gesetzgebung bisher keine Regelung für solche Tatbestände getroffen hat und auch solche Tatbestände sehr selten vorkommen, so schlägt H. Meyer folgende Lösung vor:

[51]) Das Gleiche sagt schon § 1348 BGB.

Das Reichsgericht erkennt an: „Das Gesetz schützt den Ehegatten nicht, der im Vertrauen auf die Richtigkeit der Sterbeurkunde zur anderen Heirat schreitet, aber es schützt denjenigen, der im Vertrauen auf die Richtigkeit der Todeserklärung zur neuen Ehe schreitet".

Die zweite Ehe beruht auf dem Rechtsscheinprinzip; sie ist auf Grund des Rechtsscheines des Todes zu einer vollgültigen Ehe geworden. Bleibt nun dieser Rechtsschein nur auf den Ehegatten beschränkt, oder erstreckt er sich auch auf die Kinder? H. Meyer schreibt: „Ja, das Kindschaftsverhältnis ist noch unantastbarer als die Ehe, denn diese kann nach § 1350 angefochten werden [52]. Das legitimierte Kind bleibt aber auch dann ein eheliches Kind dieser Ehe". Dieses ergibt sich aus den § § 1721 und 1699. Damit ist aber die Ehelichkeit der Kinder unabhängig vom Bestand dieser Ehe selbst. Trotz Widerlegung der Todesvermutung kann ihnen diese Stellung nicht genommen werden, denn der erste Mann war zur Zeit der Legitimation rechtlich nicht mehr am Leben. „Der Rechtsschein der Ehelichkeit auf Grund bestehender Ehe war damals ersetzt durch den Rechtsschein der Unehelichkeit auf Grund einer vor der Zeugung des Kindes erfolgten Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes. Und dieser Rechtsschein hatte sogar vor dem anderen den Umstand voraus, dass er der tatsächlichen Rechtslage entsprach".

Wir glauben nun durchaus im Sinne H. Meyers zu konstruieren und ihm keine falsche Absicht unterzuschieben, wenn wir seine Rechtsscheintheorie folgendermassen auf unsere Fälle anwenden, wo die Kinder in einer gültigen Ehe

---

[52]) Kohler S. 300 schreibt unter Zugrundelegung des gleichen Falles: Die Vermutung der Beiwohnung des ersten Ehemanns wird durch die Sachlage zerstört, daher muß die Legitimation eintreten. „Noch viel weniger kann etwa ein Kind der neuen Ehe, falls diese später etwa nach § 1350 mit Erfolg angefochten wird, als ein Kind der alten Ehe erscheinen. Die Meinung, daß trotz aller dieser Verhältnisse die Vermutung des § 1591 durchgreife, bedarf keiner Widerlegung".

gezeugt und geboren worden sind. Die Beurteilung würde sich dann so gestalten:

Die zweite Ehe B.-C. ist auf Grund des Rechtsscheines des Todes von A. eine materiell vollgiltige Ehe. Der gleiche Rechtsschein erstreckt sich aber auf das noch unantastbare Kindschaftsverhältnis. Für die Ehe ist aus dem Schein ein Sein geworden und die Kinder sind im Vertrauen auf den äuseren Tatbestand gezeugt worden. Die Kinder bleiben dann eheliche der zweiten Ehe, selbst wenn sich der Schein des Todes als trügerisch herausstellen sollte. Hätte man dies gewusst, so wäre die Ehe nicht zu Stande gekommen; aber man hat es nicht gewusst, deshalb bleiben die Wirkungen alle bestehen. Die Kinder sind dann eheliche dieser Ehe, selbst bei erfolgreicher Anfechtung. Sobald das den Todestag enthaltende Urteil diesen festgestellt hat, sind alle Kinder, die später als 302 Tage nach jenem Zeitpunkt geboren sind, n i c h t e h e l i c h e d e s A.

So gerecht und den Bedürfnissen des praktischen Lebens angepasst diese Theorie auch erscheint, so bedeutet sie doch, da wir uns nun einmal nicht mit solcher freier Rechtsfindung vertraut machen können, eine Gefahr. Denn die Verkehrsanschauung suppliert und corrigiert das Gesetz, m. a. W. sie ist über das Gesetz zu stellen. Die richterliche Entscheidung nach den unserer Rechtsordnung „immanenten grossen Grundprinzipien", die Interessenabwägung nach den sozialen Bedürfnissen kann jedoch gar zu leicht richterliche Willkür sein. Das von H. Meyer gepriesene Auslegungsprinzip ist dann immer in der subjektiven Willkür des Richters gelegen, mag dies auch im besten Sinne gemeint sein. Daher ist es nicht unbedenklich, die Entscheidung nur dem Richter allein zu überlassen. Das hiesse doch das Gesetz bei Seite schieben oder es mindestens in seiner ganzen Geltungskraft zu erschüttern. Aber man rüttelt nicht gern an den Grundlagen des Gesetzes. Die Theorie H. Meyers aber würde in ihrem Endziel ein Nichtbeachten des Gesetzes bedeuten.

Ferner ist die Schwierigkeit des Beweises, dass das Kind ein eheliches aus der Ehe B.-C. ist, bei weitem nicht so gross, als dass ein solches Ergebnis erst mit der ganzen Staffage des Rechtsscheines herauskonstruiert werden müsste. Es liegt doch einfach eine Putativehe vor! Vielmehr ist die Schwierigkeit die, nachzuweisen, dass das Kind nicht ein eheliches des tot Erklärten ist. Kohler [53] entschied in dieser Hinsicht, „dass dieser Umstand keiner Widerlegung bedürfe". Hat hier tatsächlich der Rechtsschein der Unehelichkeit des Kindes dem A. gegenüber die Wirkung auch weiterhin, wenn die Todesvermutung widerlegt ist?

Das „immanente Prinzip", das die materielle Wirkung des Rechtsscheines unangetastet lässt, auch wenn die Voraussetzungen dazu gefallen sind, tritt nur an einigen Stellen des BGB., schwerlich aber, wie Herbert Meyer meint, als allgemeiner Grundsatz hervor.

§ 14.

Die Theorie von Bernhöft.

Einen andern Ausweg glaubt Bernhöft[54] in seiner Fiktionstheorie gefunden zu haben. Er begründet seine Auffassung folgendermassen: Der Gesetzgeber kann zwar Rechte schaffen, aber nie Tatsachen. Daher ist es nur möglich, nicht etwa den Tod eines Menschen zu bestimmen, sondern nur gewisse Rechtswirkungen hinsichtlich des Todes. Der Tod wird daher fingiert und bildet die Fiktionsbasis, den rechtserzeugenden Faktor, an den nun gewisse Rechtswirkungen geknüpft werden. Es sind aber zuweilen aus solchen Fiktionen Rechtsfolgerungen gezogen worden, die die Absicht des Gesetzgebers verkennen. Denn „in Wirklichkeit ordnet das Gesetz nicht an, dass der fingierte Tatbestand für wahr gehalten werden soll, sondern dass bestimmte

[53]) Vergleiche Anmerkung Nr. 52.

[54]) Bernhöft S. 239 ff., insbes. 284.

Rechtsfolgen eintreten sollen. Daher ist also nach den gewöhnlichen Auslegungsregeln zu greifen, welche Rechtsfolgen das Gesetz herbeiführen wollte. Ergibt sich, dass gewisse Rechtsfolgen zwar von dem Wortlaute der Fiktion umfasst werden, aber unmöglich in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben können, so tritt die einschränkende Auslegung in ihr Recht".

Da aber die Fiktionen ein sehr gefährliches Hilfsmittel sind, können gegebenenfalls recht unhaltbare Zustände entstehen. So besonders im Familienrecht. Daher ist es möglich, dass eine Fiktion im Sinne des Gesetzes in gewisser Hinsicht nicht gelten kann. Man greift daher zum Hilfsmittel der sinngemässen Auslegung, d. h. man lässt die vom Gesetz beabsichtigten Rechtswirkungen eintreten. Man muss daher in den Fiktionen ein gesetzgeberisches Mittel erblicken, um bestimmte gewollte Rechtswirkungen eintreten zu lassen. Welche die sind, das ist quaestio facti. Bernhöft zeigt nun an dem von uns bereits angeführten Beispiel [55], welche heillose Verwirrung entstehen kann, sobald man sich bei der Entscheidung der angeführten Beispiele der herrschenden Lehre anschliesst. Das Resultat wären zwei eheliche Väter im Rechtssinne. Ein solches Ergebnis widerspricht selbstverständlich „den sittlichen Anschauungen, die dem Gesetze selbst zu Grunde liegen".

Da die §§ 1393 und 1699 versteckte Fiktionen enthalten, würde man bei wörtlicher Auslegung zu dem Ergebnis kommen, dass die Kinder zwei eheliche Väter im Rechtssinne hätten. Nach Bernhöft bietet nun hier die einschränkende Auslegung das Hilfsmittel, um eine gesunde Lösung herbeizuführen. Das ausschlaggebende Moment liegt nicht in der Rechtsgültigkeit der Ehe, sondern beruht auf dem „ehelichen Verhältnis, welches der Sitte gemäss durch die Eheschliessung zwischen den Ehegatten

[55]) Vergl. Anm. 38.

entsteht". Die beiden Ehen beurteilt dann Bernhöft nach seiner Theorie folgendermassen:

„Freilich bleibt die alte Ehe von rechtswegen bei Bestand, aber von einem noch bestehenden e h e l i c h e n V e r h ä l t n i s im m o r a l i s c h e n S i n n kann unter den beiden ersten Ehegatten jetzt nicht die Rede sein. Die zweite Ehe ist zwar nichtig, aber t a t s ä c h l i c h wird unter den Ehegatten der zweiten Ehe ein — wenn auch durch die Nichtigkeitsklage lösbares — e h e l i c h e s V e r h ä l t n i s begründet".

Von diesem Gesichtspunkt aus wird die juristische Ungereimtheit einer doppelten Ehelichkeit beseitigt, denn wenn man nicht auf sinngemässe Auslegung verzichten wolle, müsse man anerkennen, dass jetzt für eine Anwendung des § 1593 betr. die Vaterschaft, jeder einleuchtende Grund fehlt. Dadurch kommt man zu einer gerechten und befriedigenden Lösung. Selbst für den Fall, dass die beiden Ehegatten bei Eingehung einer neuen Ehe im schlechten Glauben sind, will Bernhöft seine Theorie angewandt wissen.

Vor solchen Versuchen, eine Lösung herbeizuführen, soll gewarnt werden. Wenn man sich von solchen Gesichtspunkten leiten lässt, würde man dem Gesetz eine Auslegung geben, die seine Geschlossenheit zerreisst und ihm ausserdem noch bei konsequenter Durchführung dieser Theorie selbst Ungereimtheiten unterschiebt. Was wir sonst von solcher „freier „Würdigung" halten, so können wir uns wohl bereits auf frühere Ausführungen berufen. Im Uebrigen pflichten wir den Ausführungen Riezlers [56] bei, dass sich Bernhöfts Auffassung nicht mehr in den vom Gesetz vorgeschriebenen Bahnen bewege. Aus dem Kriterium geht hervor, dass es durchaus nicht gleichgültig ist, wenn man gerade in Statusangelegenheiten nach dem Prinzip der ratio legis handelt. Es würde nämlich zu Unzuträglichkeiten führen, die besser vermieden würden. Aus supplendi kann

[56]) Riezler S. 79 ff.

vielmehr ein corrigendi iuris civilis gratia werden. Zum besseren Verständnis bringt Riezler folgendes Beispiel:

Wir haben aus dem römischen Recht ins BGB. die Bestimmung übernommen, dass eine Frau, die in § 1313 festgesetzte Wartefrist verstreichen lassen muss, wenn sie zu einer neuen Ehe schreiten will. Dieses Hindernis hat offenbar den Zweck, eine Ungewissheit über die Abstammung des Kindes zu verhüten [57].

Im gleichen Sinne könnte man dann mit derselben Berechtigung fordern, dass diese Vorschrift auch auf eine geschwängerte Ledige Anwendung finden solle, wenn diese sich verheiraten will. Es erübrigt sich, besonders hervorzuheben, dass dieses Ehehindernis nur auf eine verheiratet gewesene Frau in Anwendung gebracht werden soll. Wollte man jedoch darauf bestehen, so fehlt dazu im Gesetz jegliche Grundlage.

Bei weiterer Durchführung dieses Prinzipes kommt man zu noch viel überraschenderen Resultaten. Mit genau ebensoviel und ebensowenig Berechtigung könnte man dann von einer Anwendung des § 1313 absehen, wenn die Frau ihren geschiedenen Mann wieder heiraten will. Es wird aber wohl niemand ernstlich dafür eintreten, dass die Anwendung des § 1313 bei einer solchen Rechtslage unterbleiben würde [58]. Man sieht also, wohin diese Art der Auslegung führt. Die Handhabung ist sehr willkürlich und würde sich meistens auf Kosten des Gesetzes vollziehen. So will Bernhöft bei unserer Rechtslage den § 1593 deshalb nicht angewandt wissen, weil ein eheliches Verhältnis im moralischen Sinn zwischen dem Verschollenen A. und Frau B. nicht vorliegt. U. E. erscheint es unhaltbar, eine positive Rechtsvorschrift aus einem unjuristischem Grunde einfach auszuschalten.

Somit haben wir zwei Möglichkeiten: I. Man teilt den

---

[57]) Ulpian 3. 2. § 1 fr. 11: propter turpationem sanguinis.
[58]) Blume, Bem. 2 zu § 1313 und die dort Zitierten.

Standpunkt Bernhöfts und legt bei der Jnterpretation des Gesetzes in Eheangelegenheiten das „sittliche Verhältnis“ zu Grunde. Dann freilich lässt sich nicht vermeiden, dass der § 1593 bedeutend eingeschränkt wird. Man müsste dann auch von einer Anwendung des § 1593 absehen, wenn eine Frau sich um ihren Mann überhaupt nicht kümmert, dafür mit einem andern in offenbarem Konkubinat lebt. Solche Resultate geben doch zu denken! Man sieht also, auf welch gefährliche Bahn man sich begeben hat, wo sich durch jeden weiteren Schritt nur immer neue Ungeheuerlichkeiten ergeben. Dass das BGB. sicherlich nicht bei der Regelung dieser Materie das Hauptgewicht auf das sittliche Verhältnis gelegt hat, darüber geben uns die Motive und Protokolle den besten Aufschluss [59]. Und tatsächlich sind ja auch andere Gesichtspunkte ausschlaggebend gewesen.

II. Andererseits kann man ebensogut den entgegengesetzten Standpunkt einnehmen, indem man bei Auslegung der Gesetze scharf zwischen Recht und Sitte scheidet. Dann aber mus § 1593 Anwendung finden. Neigt man aber trotzdem wie Riezler, der ein Anhänger der herrschenden Lehre ist, dazu, in den oben angeführten Fällen die Wirkung des § 1593 zu beschränken, so geschieht dies nur, weil es für billig erachtet wird, denn die herrschende Lehre muss ja zu dem Resultat kommen, dass das Gesetz in diesem Punkte lückenhaft ist und eine dementsprechende Durchführung der Rechtsfolgen nicht möglich ist.

§ 15.

Die Theorie von Dernburg.

In Uebereinstimmung mit namhaften Juristen, von denen wir ganz besonders Dernburg [60] hervorheben, aller-

[59]) Mot. 4. S. 659 ff. Prot. 4. S. 465 ff. Denkschrift S. 220.

[60]) Dernburg: Die Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung. Vergl. die dort Zitierten. Unsere Ausführungen lehnen sich an diesen Aufsatz an.

dings im Gegensatz zur herrschenden Lehre [61], nach der ja in unseren Fällen die schon näher gezeigten unbefriedigenden Ergebnisse unvermeidlich waren, stellen wir uns aus wohlerwogenen Gründen auf den Standpunkt Dernburgs, besonders da u. E. bei dieser Auffassung von einem Verlassen des Bodens des Gesetzes nicht mehr die Rede sein kann, wie in den bisher angeführten Theorien. Damit erübrigt sich auch der von Riezler vorgeschlagene Weg, bewusst vom Gesetz abzuweichen, wozu uns vor der Hand noch jede Grundlage fehlt.

Wir haben schon früher die Zulässigkeit der Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung erwähnt. Es sagt § 1348 Abs. 2 S. 1 ganz allgemein:

„Mit der Schliessung der neuen Ehe wird die frühere Ehe aufgelöst".

Nun knüpft sich an diese Fassung der Streit, ob die neue Ehe gültig sein muss, um die auflösende Wirkung zu haben, oder ob dies auch eine nichtige Ehe bewirken kann. Diese Frage ist nicht unwichtig, denn davon hängt in den meisten angeführten Fällen die Entscheidung der von uns an die Spitze gestellten Frage: Doppelte Ehelichkeit? ab. In welcher Weise aber gerade diese Frage einer sachlich angemessenen und befriedigenden Erledigung zugeführt werden kann, zeigt Dernburgs Theorie, wo er in überzeugender Weise die Auffassung der herrschenden Lehre widerlegt. Sind es doch gerade jene unhaltbaren Konsequenzen der herrschenden Lehre, welche seiner Theorie immer neue Anhänger gewinnt. Dernburg [62] schreibt nämlich:

---

[61]) Planck § 1348 Anm. 4 S. 74: „Ist die neue Ehe aus irgend einem Grunde nichtig, mag auch die Nichtigkeit nur auf Anfechtbarkeit beruhen, so ist der Grund der Auflösung der alten Ehe, nämlich die Rücksicht auf die neue Ehe, weggefallen. Durch die Nichtigkeitserklärung der neuen Ehe wird klargestellt, daß die alte Ehe durch die neue Ehe nicht aufgelöst worden ist". Ferner:

Cosak Bd. 2, § 301, II, 1a und § 498. Engelmann § 1348 Anm. 7. Endemann Bd. 2, § 164, 2. Abschn. 3 u. Anm. 13 S. 669. Blume § 1348 Anm. 2. Erler, Neumann, Schmidt, Unzner.

[62]) Dernburg: Wiederverheiratung S. 7.

„Wenn auch die herrschende Lehre mit Sicherheit vorgetragen wird, wenn die Rechtslehrer bezüglich derselben nahezu einstimmig sind, so müssen wir doch dieselbe für unrichtig halten. Wir behaupten namentlich:

1) Es ist nicht richtig, dass es Voraussetzung der Auflösung der alten Ehe sei, dass die neue Ehe eine vollgültige war. Die Auflösung der alten Ehe tritt vielmehr ein, falls die neue Ehe existent wird, — matrimonium existens —sie werde denn von beiden bösgläubig beschlossen. Die alte Ehe ist, hiervon abgesehen, aufgelöst, auch wenn die neue Ehe nichtig oder anfechtbar ist und angefochten wird.

2) Wir behaupten weiter, dass die Anfechtung der neuen Ehe nach § 1350 durch einen der Ehegatten dieser Ehe, auch wenn sie erfolgreich ist, nicht dahin führt, dass die alte Ehe wieder auflebt, wie Planck sagt, dass sie niemals als beendigt angesehen wird, wie andere vermeinen. Die frühere Ehe bleibt vielmehr aufgelöst, auch wenn die neue Ehe von einem der Ehegatten gemäss § 1350 angefochten wird".

Zur Verteidigung unseres Standpunktes führen wir folgende Argumente an: Wenn sich die gegnerische Ansicht hauptsächlich auf die dem BGB. zu Grunde liegende Arbeiten stützt, so wollen wir gerade an der Hand dieser Materialien nachweisen, dass dieselben in unseren Fällen gar nicht in Betracht kommen. Es bestimmte nämlich der erste Entwurf in § 1464 Abs. 1, dass die Ehe des für tot Erklärten mit der Schliessung einer neuen Ehe des zurückgebliebenen Ehegatten aufgelöst sei, und in Abs. 2, dass die Auflösung der ersten Ehe fortbestehe, selbst wenn die Todeserklärung aufgehoben werde, oder wenn die Ehe aufgehoben werde, oder die neue Ehe anfechtbar sei, und angefochten werde. Dagegen besagt Abs. 3, dass die Vorschrift des Abs. 1 dann keine Anwendung finde, wenn der

zurückgebliebene Ehegatte beim Eheabschluss der zweiten Ehe bösgläubig ist, oder die Ehe aus einem anderen Grunde nichtig sei. Der Begriff Nichtigkeit bestimme sich nach den § § 108 und 1252. Doch wurden gerade letztere gestrichen und haben keine Aufnahme ins BGB. gefunden. Streng logisch durchgeführt, müsste man also, heisst es weiter in den Motiven, auch dann eine Ausnahme von der Regel des Abs. 1 für geboten erachten, wenn die neue Ehe anfechtbar ist oder angefochten wird, denn dann ist ja dieselbe als nicht geschlossen zu betrachten § 1260 Abs. 2) [63]. Jedoch würde es zu Härten und Unzuträglichkeiten führen, wollte man den Bestand der neuen Ehe von der Willkür der Anfechtung abhängig machen, wodurch eine im vollsten Vertrauen auf die Freiheit eingegangene Ehe vernichtet würde.

Der erste Entwurf fand mit seiner Regelung des § 1464 keinen Anklang, sondern stiess auf Widerspruch. Die zweite Kommission befand sich zwar bei dem ihn ersetzenden § 1482 im allgemeinen auf der gleichen Bahn, nahm aber in einer Hauptfrage doch einen andern Standpunkt ein. Hierüber geben uns die Protokolle Auskunft [64]: Wird nämlich die neue Ehe wegen Rückkehr des für tot Erklärten angefochten, so soll die erste Ehe nicht aufgelöst gelten. Später wurde noch eine unbedeutende redaktionelle Aenderung vorgenommen. Es wurde aber beantragt, zu § 1483 noch folgende Vorschrift [65] anzunehmen:

„Durch die Anfechtung der neuen Ehe wird die Gültigkeit einer neuen Ehe, welche der für tot Erklärte nach Auflösung der früheren Ehe geschlossen hat, nicht berührt".

---

[63]) Der an Stelle des § 1260 Abs. 2. getretene § 1343 Abs. 1 S. 1. BGB hat einen wesentlich anderen Inhalt.

[64]) Prot. 4. S. 452 u. Mot. S. 643 oben § 1464.

[65]) Prot. 4. S. 295.

Hinzugefügt wurde noch: „Die Anfechtung nach § 1483 habe abweichend von der Anfechtung der § § 1239-1243 die Wirkung, dass die frühere Ehe nicht aufgelöst gelte. Diese Wirkung der Anfechtung dürfe aber nicht eine von dem für tot Erklärten nach der Auflösung der früheren Ehe geschlossene neue Ehe hinterher zu einer nichtigen Doppelehe machen. Die Mehrheit lehnte den Antrag ab, sie hielt es nicht für angebracht mit Rücksicht auf den praktisch seltenen Fall, eine Sonderbestimmung aufzustellen, durch die ein an sich den Zwecken der Anfechtung widersprechendes Ergebnis herbeigeführt werden würde".

Die kasuistischen Bestimmungen der früheren Entwürfe, ob die erste Ehe bei Nichtigkeit oder Anfechtung der zweiten Ehe aufgelöst ist oder nicht, sind aber bei der Vorlage an den Reichstag nicht mehr vorhanden, sondern gefallen. Auch das BGB. gibt uns in dem § 1348 über diese Frage keine Auskunft. Zwar findet man in der Denkschrift betr. den Unterhaltsanspruch eine Bemerkung, wonach infolge der Anfechtung die frühere Ehe und mit ihr der Anspruch auf Unterhalt gegen den für tot erklärten Ehegatten „wiederauflebt". Dieser Ausspruch ist jedoch durchaus inkorrect und enthält wohl lediglich eine persönliche Auffassung des Verfassers der Denkschrift, die ihm vielleich noch aus den früheren Entwürfen anhaftet. Vor allem aber ist die Auffassung scharf zurückzuweisen, dass hier etwa eine authentische Interpretation des § 1348 BGB. vorliege. Man geht in der Annahme nicht fehl, dass der Bundesrat bei Neuredaktion des § 1348 die Lösung der Frage des Einflusses der Schliessung der neuen nichtigen oder anfechtbaren Ehe in Rücksicht auf die grosse Seltenheit der eintretenden Fälle hat offen lassen wollen. Hätte man positive Regelungen vorgenommen, so konnten sich bei der Gefährlichkeit der Materie unliebsame Erörterungen daran knüpfen, denen man besser aus dem Wege ging, um die Lösung der Wissenschaft zu überlassen. Eine Lösung, die die Probe in jeder Hinsicht besteht und nicht vom Gesetzes-

text abweicht. Halten wir uns also an den massgebenden § 1348 Abs. 2. Dieser lautet:

„Mit der Schliessung der neuen Ehe wird die frühere Ehe aufgelöst. Sie bleibt auch dann aufgelöst, wenn die Todeserklärung infolge einer Anfechtung aufgehoben wird".

In konsequenter Fortentwicklung unserer Behauptung fragen wir uns: Trifft dies auch bei Schliessung einer neuen, nichtigen Ehe zu, d. h. ist die Schliessung einer neuen nichtigen Ehe die Schließung einer Ehe?

Um nun klar durchschauen zu können, ob auch eine nichtige oder anfechtbare Ehe die alte Ehe zur Auflösung bringt, wollen wir zunächst feststellen, ob der Begriff „Ehe" im Gesetz die nichtige und anfechtbare Ehe mit in sich schliesst. Da wir keine ausdrückliche Entscheidung bezügl. dieser Frage haben, muss dieselbe aus dem Gesetzestext und seinen Sprachgebrauch gewonnen werden.

Berücksichtigen wir zuerst die Auffassung auf strafrechtlichem Gebiete. Der § 171 StGB. lautet in seiner ursprünglichen Fassung: „Ein Ehegatte, welcher eine neue Ehe eingeht, bevor seine Ehe aufgelöst, für ungültig oder nichtig erklärt worden ist, wird mit Zuchthaus bestraft". Dieser Wortlaut erfuhr dann eine kleine Aenderung.[66] Ferner lautet § 338 StGB.: „Ein Religionsdiener oder Personenstandsbeamter, welcher wissend, dass eine Person verheiratet ist, eine neue Ehe derselben schliesst, wird mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bestraft".

Die gesamten Lehrer, sowohl des Zivil-, wie des Strafrechts[67] sind sich darüber einig, dass zum kriminellen Tatbestand die dolose Eingehung einer neuen Ehe ausreicht. „Zum Tatbestand genügt", sagt Oppenhoff[68], „die Einge-

---

[66]) E. G. BGB. Art. 34, 5.

[67]) z. B. Liszt § 115 II, S. 395: „Voraussetzung ist mithin eine den gesetzlichen Vorschriften über die Form der Eheschließung entsprechende Ehe, mag diese auch nichtig sein (Hugo Meyer u. Andere)".

[68]) Oppenhof, Anm. 4 zu § 171.

hung der (zweiten) Ehe, d. h. die Vornahme desjenigen formellen Aktes, welcher nach der massgebenden Zivilgesetzgebung zur Vornahme, Abschliessung einer Ehe erfordert wird". Im gleichen Sinne äussern sich Olshausen[69] und Heinrich Buhl[70].

Wir behaupten nun, dass im BGB. § 1348 Abs. 2: Schliessung der neuen Ehe im Wesentlichen identisch ist mit der Fassung des StGB. Wer unter diesem Begriff nur die Schliessung einer gültigen Ehe versteht, setzt sich in Widerspruch mit der Auslegung des Strafgesetzbuches. Man könnte allerdings einwerfen, dass es sich in § 171 StGB. um eine kriminelle und in § 1348 BGB. um eine zivilrechtliche Frage handelt[71]. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass die Strafbestimmung des StGB. auf dem zivilrechtlichen Begriff fusst.

Doch soll uns nicht allein diese Feststellung genügen, sondern sehen wir uns nach weiteren Argumenten für unsere Behauptung um. So werden wir bei der Untersuchung der beiden Begriffe: Nichtigkeit und Anfechtbarkeit im BGB. völlig darüber Klarheit erlangen, dass unsere Folgerung durchaus richtig ist. Ziehen wir zunächst den ersten Entwurf zu Rate. Dieser bestimmt in § 108:

Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen wäre".

Aber der § 108 des ersten Entwurfs wurde von der zweiten Kommission gestrichen.

Der erste Entwurf enthielt ferner in Anlehnung an § 1252 Abs. 2 die Bestimmung: „Wenn die Nichtigkeit

---

[69]) Olshausen § 171, Bem. 3a, und die dort Zitierten: „Vorausgesetzt wird eine formell bestehende Ehe, mag sie auch anfechtbar oder gar materiell nichtig sein".

[70]) Heinrich Buhl S. 144: Eine Ehe kann nach bürgerl. Recht gültig sein, während der Ehegatte nach StGB. wegen Doppelehe zu bestrafen ist".

[71]) So Thiesing S. 116/117; ebenso Dochnahl a. a. O.

der Ehe auf einen Formmangel beruht, oder eine aus einem andern Grunde nichtige Ehe aufgelöst, oder für ungültig erklärt ist, so ist es so anzusehen, als wenn die Ehe nicht geschlossen wäre".

Auch diese Bestimmung fiel in der zweiten Kommission. Es ist unschwer zu erkennen, dass man sich als Folge dieser Bestimmungen der Ansicht der Redakteure des ersten Entwurfs anschliessen musste, nämlich, dass bei Abschluss einer neuen nichtigen Ehe, diese neue Ehe nach dem Gesetze als nicht geschlossen zu betrachten sei, und daher die alte erste Ehe nicht aufgelöst werde.

Wir betonen aber ausdrücklich, dass diese angeführten Bestimmungen der § § 108 und 1252, dessen Absenker, gestrichen worden sind und damit der ebenerwähnten Schlussfolgerung der Boden entzogen worden ist.

Treffend schreibt Leonhard [72] bezüglich der nichtigen Geschäfte: „Eine grosse Rolle spielte dabei die noch vor kurzem herrschende Ansicht, dass auf diesem Gebiete nicht nur neu entstehende zum Teil noch unabgeschlossene Begriffsbstimmungen vorliegen, sondern dass schon die Römer in ihrer Redeweise solche Terminologie besessen hätten.

Von geradezu ausschlaggebender Bedeutung war hierbei ein Jrrtum, der sich an die Uebersetzung des Wortes „nullus" anknüpft, das in den römischen Rechtsquellen häufig wiederkehrt. Man übersah, dass dieses Wort genau so wie der deutsche Ausdruck „nichtig" zwei ganz verschiedene Bedeutungen hat. Es bezeichnet bald das nicht Vorhandene (non existens), bald das Mangelhafte (vitiosum)". Die Folge war, dass man bei der Verkennung der Begriffe zu falschen Schlüssen gelangte. „Am drückendsten", fährt Leonhard fort, „erwies sich diese Irrlehre im kanonischen Rechte, indem die vorläufige Wirksamkeit des negotium nullum einem Jeden erkennbar werden musste.

Die soeben dargestellte Lehre gilt im Allgemeinen nicht

[72]) Leonhard S. 429 § 95.

nur für die römische, sondern gewissermassen als eine über allen rechtsgeschichtlichen Sprachwandlungen erhabene logische Wahrheit. So wenigstens unter den Juristen. Der Nichtjurist pflegt den Unterschied zwischen einem nichtigen Menschen und einem nicht vorhandenen Menschen nicht zu übersehen, der Lehrer des Rechts tut das Gleiche öfters, wo es sich um nichtige Rechtsgeschäfte handelt [72]".

Wir müssen also zunächst zwischen zwei grossen Gruppen von „nichtigen Ehen" scheiden, da der Begriff von Ehenichtigkeit kein einheitlicher ist.

a. Eine Nichtehe (matrimonium non existens)
b. Eine nichtige Ehe im engeren Sinn (matrimonium nullum).

Es ist aber nicht schon jedes einer Ehe ähnliche Verhältnis, etwa wie Bernhöft meint, eine Abart [73] der Ehe, sondern sie muss verschiedene Erfordernisse erfüllen, sonst ist es eine Nichtehe. Mithin liegt eine Nichtehe vor, wenn die im § 1317 vorgeschriebenen Formvorschriften nicht erfüllt worden sind, oder eine Eintragung ins Heiratsregister nicht stattgefunden hat, oder etwa eine von Personen desselben Geschlechts eingegangene Ehe. Solche Arten von Ehen haben natürlicherweise nicht die Kraft, die frühere Ehe aufzulösen.

Zu trennen davon ist, wie bereits hervorgehoben, die nichtige Ehe im engeren Sinn. Dann liegt nämlich eine wirkliche Ehe vor, die zwar ungültig ist, aber sehr bedeutungsvolle familienrechtliche Rechtsveränderungen als Abart der Ehe mit sich bringt. Sicherlich ist der Gesetzgeber in favorem matrimonii von der starren Konsequenz, wonach ein nichtiges Rechtsgeschäft keinerlei Wirkung hervorbringen kann, abgewichen. Denn es können inzwischen

[72]) Dieses von Leonhard angezogene Beispiel kann außer Acht bleiben, da das Hinkende dieses Vergleiches, der höchstens als ein spielender Wortwitz bezeichnet werden kann, zu nahe liegt.
[73]) Dernburg S. 13.

Wirkungen eingetreten sein, die nicht wieder beseitigt oder einfach wegfingiert werden können. Ebendaher ist die nichtige Ehe im engeren Sinn mit Wirkungen ausgestattet, wie sie nur eine vollgültige Ehe hervorzubringen vermag. Es ist abwegig mit der herrschenden Lehre anzunehmen, dass die nichtige Ehe ebensowenig wie die Nichtehe die erste Ehe nicht aufzulösen vermöchte. Man kann vielmehr aus einem Urteil, welches die zweite Ehe für nichtig erklärt, im Gegenteil das Bestehen einer nichtigen Ehe bis dahin folgern, nicht aber bei einer Nichtehe, denn sonst hätte man ja die Klage abweisen müssen. Gleichzeitig stellt aber jenes Urteil damit fest, dass die frühere Ehe durch die zweite Ehe aufgelöst war. Fälle dieser Art sind: Ehen, wo die Form nicht gewahrt wurde, die aber ins Heiratsregister eingetragen sind, das Zusammenleben der Ehegatten während 10 resp. 3 Jahre (§ 1324), ferner die in der Bewusstlosigkeit oder in der Geschäftsunfähigkeit eingegangene Ehe, die nachträglich bestätigt wird (§ 1325) oder die wegen Ehebruchs nichtige Ehe durch spätere Befreiung von dem Erfordernis der § § 1312 und 1328.

Noch klarer wird es uns, wenn wir die § § 1699—1704 näher ins Auge fassen. Dann tritt der Unterschied zwischen einer Nichtehe und einer nichtigen Ehe deutlich hervor, obwohl die beiden Begriffe nicht ausdrücklich gebraucht werden. Es gilt nämlich das Kind aus einer Putativehe als ehelich, soweit nicht die Ehe auf einem Formmangel beruht oder die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen ist.

Es leitete hier den Gesetzgeber der Gedanke, die Härte der Unehelichkeit dadurch zu mildern, dass man zugunsten der unschuldig Beteiligten dem tatsächlichen ehemännlichen Verhältnis in Verbindung mit dem entschuldbaren Irrtum, die rechtlichen Wirkungen einer Ehe beilegt. Doch können wir noch weitere Belegstellen anführen, dass die nichtige Ehe (matrimonium nullum), selbst wenn auf Nichtigkeit rechts-

kräftig erkannt worden ist, nicht so behandelt wird, als die Nichtehe.

So lässt sich die Legitimation durch nachfolgende Ehe anführen, gemäss § 1721, die selbst dann eintritt, wenn die nachfolgende Ehe nichtig ist, jedoch wieder abgesehen von Formmängeln und Nichteintragung ins Heiratsregister, die diese Ehe sonst zur Nichtehe herabdrücken würde. Weiterhin ist vor allem die Tatsache wichtig, dass eine nichtige Ehe in gewissen Fällen nachträglich von Anfang an vollgültig werden kann; so die schon erwähnte wegen Formmangels nichtige Ehe, dafern sie ins Heiratsregister eingetragen ist, und die Fälle der § § 1324, 1325 und 1329. Gerade darin erblicken wir für unsere Auffassung der nichtigen Ehe als einer tatsächlich vorhandenen, ein wichtiges Argument. Wenn also die nichtige Ehe ein Nichts wäre, wie die herrschende Lehre annimmt, so könnte man das alles nicht verstehen.

Diese Ausführungen scheinen uns nach den trefflichen Darlegungen Dernburgs vollständig gesichert und werden auch mehr und mehr anerkannt [74]. Selbst der Wortlaut des § 1326 spricht für uns: „Eine Ehe ist nichtig wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschliessung in einer gültigen Ehe lebte".

Offenbar hat man das Wort „gültig" in der zweiten Kommission in Hinblick darauf hinzugefügt, weil sonst eine spätere Ehe auch dann nichtig gewesen wäre, wenn die erste Ehe eine ungültige war. Demnach verstand die Kommission unter „Ehe" eine ungültige und ebenso das Bürg. Gesetzbuch, das dies in dem § 1325 aufgenommen hat. Und jetzt wollen wir ausdrücklich hervorheben, dass nach diesem Sprachgebrauche auch der Gesetzgeber in § 1308 Abs. 2, „durch die Schliessung einer neuen Ehe wird die frühere aufgelöst" unter der neuen Ehe, abgesehen von der Nichtehe, a u c h d i e n i c h t i g e E h e versteht. Damit

[74]) Krüger, Frantzen, Franke im Arch. für ziv. Prax. S. 424.

können wir die Kette der Beweisführung schliessen, denn demnach wird mit der neuen später nichtigen Ehe die frühere Ehe mit dem für tot Erklärten aufgelöst.

Was nun die Anfechtbarkeit dieser neuen Ehe anbetrifft, so wurde dieselbe vom ersten Entwurf verworfen. Die Motive [75] äussern sich hierüber: „Für die Anerkennung eines solchen Anfechtungsrechtes lässt sich zwar geltend machen, dass im Fall der Rückkehr des tot erklärten Ehegatten, für den anderen Ehegatten, wenn der letztere inzwischen eine neue Ehe geschlossen hat, sittliche und religiöse Konflikte entstehen können, welche nur durch Vernichtung der neuen und Wiederherstellung der ersten Ehe zu lösen sind. Diese Rücksichten können indessen gegenüber den mit einem solchen Anfechtungsrecht verbundenen Unzuträglichkeiten und denen daraus für den anderen Teil der neuen Ehe für die Kinder aus der letzten Ehe sich ergebenden Härten um so weniger als durchschlagend erachtet werden, als der Ehegatte des für tot erklärten Ehegatten, wenn er eine neue Ehe schliesst, sich die Möglichkeit der Rückkehr des Verschollenen und die in einem solchen Falle für ihn daraus entstehenden Konflikte vergegenwärtigen konnte und musste".

Bei den heutigen entwickelten Verkehrsverhältnissen ist wohl eine Verschollenheit eines Lebenden sehr schwer denkbar, es müsste denn der Verschollene guten Grund haben, von der Existenz seiner Person nichts verlauten zu lassen. Daher ist die Begründung, dass sich bei dem zurückgebliebenen Ehegatten schwere sittliche Konflikte und Kämpfe einstellen könnten, sicherlich sehr ideal gedacht, in Wirklichkeit aber wird der Ehegatte evtl. nicht ungern sich die Gelegenheit entgehen lassen wollen, aus der neuen zweiten Ehe frei zu werden.

Für uns ist jedoch die Frage von Bedeutung: Hat infolge Anfechtung der neuen Ehe wegen Rückkehr des Verschollenen die alte Ehe nie aufgehört zu bestehen, d. h.

---

[75]) Mot. 4, S. 644.

lebt sie wieder auf, wie einige meinten, oder bleibt sie aufgelöst?

Ueber diesen Punkt, dass die alte Ehe zwischen den zurückgebliebenen Ehegatten und den Verschollenen, infolge der Anfechtung der neuen Ehe, wiederhergestellt wurde, war sich die zweite Kommission einig. Im 1. Entwurfe § 1260 Abs. 2 heisst es diesbezüglich: „Ist die Ehe infolge der Anfechtung für ungültig erklärt und ist die anfechtbare Ehe nach erfolgter Anfechtung vor Erledigung des Rechtsstreites aufgelöst, so ist es so anzusehen, als wenn die Ehe nicht geschlossen worden wäre".

Im gleichen Sinne nahm hierzu der zweite Entwurf Stellung, wenn auch die Fassung eine andere war. Es sollte also die alte Ehe des zurückgebliebenen Ehegatten durch die neue Ehe nicht aufgelöst worden sein, wenn diese nichtig ist. Besonders wurde diese Bestimmung für den Fall aufrecht erhalten, dass einer der neuen Ehegatten die Ehe infolge der Rückkehr des für tot Erklärten anfechten sollte [76]. Wir berufen uns aber darauf, was jetzt Gesetz ist und ausserdem, wie der Entwurf vom Bundesrat dem Reichstag vorgelegt wurde. Darnach hat aber das geltende Recht mit dem ersten und zweiten Entwurf nichts mehr gemein. Freilich hat das BGB. in § 1343 Abs. 2 die Bestimmung aufgenommen, dass eine anfechtbare Ehe im Falle der Anfechtung als von Anfang an nichtig anzusehen ist, wir glauben aber oben dargetan zu haben, dass auch dann die alte Ehe aufgelöst ist, wenn die neue Ehe nichtig ist. Hier von einem Wiederaufleben oder Fortbestehen der ersten Ehe zu sprechen, ist also unrichtig. Wenn wir dieser Auffassung huldigen, die allerdings im Gegensatz zur herrschenden Lehre steht, so tun wir das aus später noch klar zu legenden wohlerwogenen Gründen. Wir scheuen uns daher auch nicht,

[76]) § 1482 des zweiten Entwurfs.

in konsequenter Fortentwicklung unserer Ansicht auch die Auffassung zu vertreten, dass im Fall der Anfechtung der zweiten Ehe auch dann eine neue Ehe abgeschlossen werden muss, wenn die Ehe zwischen dem zurückgekehrten und zurückgebliebenen Ehegatten wiederhergestelit werden soll. Das ist durchaus keine so grosse Ungeheuerlichkeit, wie es die gegnerische Meinung immer hinzustellen beliebt, und entspricht nur dem Grundgedanken der Ordnung des Personenstandes, dass eine aufgelöste Ehe von neuem geschlossen werden muss. Denn wenn man an die Formvernachlässigung sonst die Folge knüpft, dass die Ehe nichtig und aller Wirkungen bar ist, so tut man das im öffentlichen Interesse. Schon um dafür zu sorgen, dass die Ehen in erkennbarer Weise abgeschlossen werden, und auch um zu verhindern, dass Ehen geschlossen werden, die gegen ein Verbot verstossen.

So sehr die gewonnene Klärung zu begrüssen ist, und wir der Ansicht sind, dass diese Lösung, wie wir noch zeigen werden, die einfachste ist, und aus dem heillosen Wirrwarr der theoretischen und praktischen Konflikte am besten befreit, sind wir uns auf der andern Seite voll bewusst, dass damit allerdings eine unangenehme Folgeerscheinung eintreten kann. Denn es ist nach unserer Ansicht allerdings möglich, — und das ist der Hauptvorwurf, der von gegnerischer Seite erhoben wird — dass der zurückgebliebene Ehegatte seine zweite Ehe erfolgreich anficht und dann in der Lage ist, eine neue Ehe mit einem Dritten einzugehen. Dieses ergibt sich aus § 1350.

Diese bedauerliche Folge kann allerdings aus ganz unlauteren und ungerechtfertigten Motiven eintreten. Dies zu verhüten ist eine gerechte Forderung, jedoch ist der Staat gegenüber der Anfechtung nach § 1350 machtlos. Es wäre jedoch ungerecht, diese nicht zu vermeidende Folge der von uns vertretenen Ansicht, nämlich dass die erste Ehe aufgelöst bleibt, uns vorwerfen zu wollen. Sondern es ist diese Erscheinung nur eine unerwünschte Folge des, wie

schon erwähnt, gänzlich verfehlten Anfechtungsrechtes. Und dieser Vorwurf trifft uns um so weniger, als auch nach herrschender Lehre ein ähnliches Resultat nicht zu vermeiden ist. Es kann nämlich der conjux binibus, wenn die zweite Ehe durch den andern Ehegatten angefochten und für nichtig erklärt worden ist, jetzt die Scheidung wegen böslicher Verlassung gemäss § 1568 der früheren Ehe herbeiführen und hat dann ebenso die Möglichkeit, eine neue Ehe mit einem Dritten einzugehen. Also kann dieses Argument unserer Ansicht keinen Abbruch tun.

Besonders bestärkt uns in dieser Auffassung, dass die Durchbrechung des Prinzipes des favor matrimonii, die uns hier vorgeworfen wird, im BGB. nicht vereinzelt dasteht. Wir erinnern nur an das gesamte Scheidungsrecht, das doch gewiss dieses Prinzip bedeutend einschränkt, ja sogar der von uns angeführte § 1348 Abs. 2 bedeutet ebenfalls eine Abweichung von diesem Grundsatz, denn die frühere Ehe soll selbst dann aufgelöst bleiben, wenn die Todeserklärung aufgehoben werden sollte.

Nehmen wir beispielsweise an, dass die Todeserklärung aus einem anderen Grunde als dem des Fortlebens aufgehoben wurde, dann ist doch damit der neuen Ehe der Boden für ihre Gültigkeit entzogen, und die neue Ehe ist nichtig; trotzdem bleibt die frühere Ehe aufgelöst, und es kommen auch hier beide Ehen in Wegfall. Würde man dagegen im Sinne der herrschenden Lehre die geforderte erste gültige Ehe der neuen nichtigen Ehe vorziehen, so würde dies zu einer Rechtsunsicherheit führen, deren Einzelheiten wir schon näher klargelegt haben. Die erste Ehe hat dann neben der zweiten nichtigen Ehe fortbestanden, und damit basieren alle aus jener nichtigen Ehe entspringenden Rechtsverhältnisse auf der ersten Ehe und müssten demgemäss beurteilt werden. Dieser Faktor ist ausschlaggebend genug, auch den Vorwurf zurückzuweisen, dass nach unserer Ansicht eine nichtige neue Ehe eine rechtsgültige Ehe beseitigen könne, denn diese weitgehende Wirkung hätte der Ge-

setzgeber der neuen nichtigen Ehe nicht beilegen können. Einen Beweis für die Richtigkeit unserer Behauptung, dass selbst dann, wenn die zweite Ehe infolge Anfechtung für nichtig erklärt wird, die erste Ehe auch weiterhin aufgelöst bleibt, erblicken wir ferner in der Tatsache, dass der für tot Erklärte selbst dann eine neue Ehe eingehen darf, obwohl schon eine Anfechtungsklage gegen die zweite Ehe des zurückgebliebenen Ehegatten erhoben ist. Die Klageerhebung ist also kein Ehehindernis.

Die Erwägung ferner, dass hier bei unserer Auffassung einerseits den praktischen Bedürfnissen Rechnung getragen wird, und andererseits die grosse Seltenheit der Fälle solche Vorkommnisse fast ausschliesst, vermag uns nur in unserer Auffassung zu bestärken und nicht zur Ansicht der herrschenden Lehre überzeugen. Denn nach ihr kann ebenso eine Härte entstehen — allerdings als Folge des Anfechtungsrechtes —, wenn der neue Ehegatte die Ehe mit dem zurückgebliebenen Ehegatten anficht und seine Gattin, die ihm als treue Gefährtin in Arbeit und Entbehrungen zur Seite gestanden hat, schikanös in die Arme des Zurückgekehrten treibt und sie zwingt, mit dem ihm durch die Verschollenheit entfremdeten Ehegatten die Ehe fortzusetzen. Der neu aufgetauchte Verschollene, der vielleicht ein Abenteurer geworden ist und seine Frau Jahrzehnte lang im Stich gelassen hat, ein Mensch also, der seiner Frau dadurch manchen Kummer bereitet, und vielleicht sehr gute Gründe hatte, sich vor der Oeffentlichkeit zu verbergen.

Wir betonen also noch einmal, dass nach § 1348 mit der Schliessung der neuen Ehe die frühere Ehe aufgelöst ist und bleibt. Dies ist klar und deutlich ausgesprochen. Und daher wird das BGB. bei richtiger Auslegung des § 1348 von einer Lücke befreit, die man ihm bisher untergeschoben hatte. Obwohl von manchen Seiten eine Heranziehung der Materialien überhaupt abgelehnt wird, so tragen sie doch mindestens viel dazu bei, Missverständnisse und Missdeutungen des Gesetzes zu verhüten. Allein, es

wäre zu weitgehend, wollte man den in den Vorentwürfen niedergelegten Gründen allzugrosse Bedeutung beimessen. Die Gründe der neueren Fassung sind vielleicht manchmal nicht angeführt oder gehen nicht ganz klar hervor, sondern lediglich die Tatsache der anderen Fassung ist ersichtlich. Aber durchschlagende und wohlerwogene Gründe werden wohl zur Aenderung geführt haben, wenn uns auch darüber der Aufschluss fehlt. So auch in unserem Falle. Und die von uns vorgeschlagene Lösung genügt den praktischen Bedürfnissen, ohne vom Boden des Gesetzes abgewichen zu sein, indem wir den Sinn des Gesetzes aus dem Zusammenhang der Rechtsvorschriften entnommen haben.

§ 16.

Die Lösung des Konfliktes nach Dernburgs Theorie.

In den früheren Ausführungen sind bisher die Mängel und Schattenseiten der einzelnen Theorien ins Feld geführt worden, zugleich aber mit Hinweis darauf, dass uns die Lösung Dernburgs als die beste erscheint, da wir dadurch zu viel brauchbareren Resultaten gelangen, im Gegensatz zu den früher hervorgehobenen und gekennzeichneten Rechtslagen. Nach der Auffassung Dernburgs ist nämlich, wie wir genügend hervorgehoben zu haben glauben, die erste Ehe trotz Anfechtung und Nichtigkeitserklärung der zweiten Ehe aufgelöst und bleibt es auch. Gerade dieses Moment ist in unseren Fällen von grösster Bedeutung. Die Beurteilung der von uns geschilderten Rechtslagen, wo eine Eheanfechtung stattfand, würde sich dann vom Gesichtspunkt aus, dass trotzdem die Ehe aufgelöst bleibt, folgendermassen gestalten:

Durch die Wiederverheiratung wurde die Auflösung der ersten Ehe A.-B. herbeigeführt. Die Anfechtung aber die-

ser zweiten Ehe bewirkt, dass dieselbe von Anfang an als nichtig gilt (§ 1343). Wenn wir nun mit der herrschenden Lehre annehmen, dass eine nichtige Ehe keinerlei Wirkung hat, so müssten wir zu dem Schluss kommen, dass die erste Ehe überhaupt nicht aufgelöst worden ist. Wir dagegen behaupten, dass trotzdem nicht etwa, wie Planck sagt, die erste Ehe wieder auflebt, sondern dass dieselbe aufgelöst bleibt. Dieses haben wir oben eingehend dargelegt. Mit der Auflösung der ersten Ehe infolge der Wiederverheiratung hatten aber alle wechselseitigen Beziehungen der Ehegatten, soweit sie sich auf diese Ehe gründeten, ihr Ende gefunden. So z. B. die erbrechtlichen Beziehungen der Ehegatten, denn von Ehegatten kann nicht mehr gesprochen werden. Von einschneidender Bedeutung aber wird jetzt unsere Auffassung gegenüber der herrschenden Lehre bezügl. der ehelichen Abstammung der in der zweiten Ehe geborenen Kinder. Alle diese Kinder werden jetzt betreff ihrer Abstammung von folgendem Gesichtspunkt aus beurteilt:

Bei den Kindern, die zwar vor der Wiederverheiratung — das ist noch während der ersten Ehe — empfangen, jedoch nach dem zweiten Eheschluss geboren sind, ist das Anfechtungsrecht des ersten Ehegatten überhaupt ausgeschlossen, wenn diese Kinder später als 302 Tage nach Abschluss der zweiten Ehe geboren sind. (§ 1593). Das Kind ist ganz natürlicher Weise ein eheliches nur dieser zweiten Ehe. Selbst wenn die Geburt während des erwähnten Zeitraumes erfolgt, ist das Kind ebenfalls ein eheliches der zweiten Ehe, wenn nur der Ehemann innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat (§ 1591), denn der erste Ehegatte hat infolge der Eheauflösung durch die zweite Ehe, aufgehört, Ehegatte zu sein. Dass eine Anwendung des § 1600 außer Acht bleiben muss, haben wir schon früher erwähnt und begründet. Die neue Ehe hat also, selbst wenn sie

ten ist, das Anfechtungsrecht des ersten Ehegatten definitiv von Anfang an infolge Anfechtung als nichtig zu betrachausgeschlossen und beseitigt auch damit jene unangenehme Wartefrist, ob der erste Ehegatte anficht oder nicht.

§ 17.

Kritisches zu § 18 des Bürgerl. Gesetzbuches.

Es bliebe nun nur noch ein Fall übrig, der einer gerechten Lösung entgegengeführt werden müsste. Riezler hat das Beispiel besonders hervorgehoben, wonach auf Grund ein und desselben Normenkomplexes ein und dasselbe Kind, das z. B. am 269. Tage nach der wirklichen Auflösung der ersten Ehe geboren ist, sowohl ein eheliches Kind des Verschollenen A., als auch des zweiten Ehegatten C. war. Und zwar lag dann der Fall vor, wenn der Verschollene A. lediglich zurückkehrte, ohne dass irgend eine Anfechtung, weder der Ehe noch der Ehelichkeit der Kinder stattfand. Mithin ein Fall, der sich wohl meistens, wenn der Verschollene überhaupt zurückkehrt, in eben gekennzeichneter Weise abspielen wird. Denn was liegt näher, dass die beiden ehemaligen Ehegatten die jetzigen Verhältnisse unangetastet lassen wollen und daher von jeglicher Anfechtung absehen. So ist z. B. eine Rückkehr aus Verschollenheit bei einer Bevölkerung mit stark seemännischem Einschlag schon denkbar. Eine nicht unwichtige Frage ist dann in einem solchen Falle die, ob die widerlegte Vermutung des § 18 dazu ausgereicht hat, darzutun, dass jenes Kind, welches also am 269. Tage nach Eingehung der zweiten Ehe geboren ist, nicht auch ein eheliches des Verschollenen (A.) ist.

Die einschlägigen Bestimmungen über die Wirkungen der Todeserklärung auf die Ehe finden sich in den § § 1348 — 1352, wozu noch die Bestimmungen der § § 13—19 kommen.

Die Todeserklärung begründet nun einerseits die Vermutung, dass der Verschollene bis zu dem im Urteil festgesetzten Zeitpunkt gelebt hat, andererseits, dass er an diesem Zeitpunkt gestorben ist. Einen Einfluss auf die Ehe des Verschollenen hat die Todeserklärung nicht. Seine Ehe gilt [77] nur als aufgelöst. Nun gestattet das Gesetz aber dem zurückgebliebenen Ehegatten eine neue Ehe einzugehen. Wenn sich nun die Todeserklärung als falsch herausstellt, so würde die inzwischen eingegangene neue Ehe wegen Bigamie nichtig sein. Um diese Ehe nun aufrecht zu erhalten, deren Bestehen sonst in einem Schwebezustand wäre, wurde der neuen zweiten Ehe eine auflösende Kraft beigelegt. Die alte Ehe, die also bisher nur als aufgelöst g a l t , i s t wirklich durch den neuen Eheabschluss aufgelöst worden (§ 1348).

Das Gesetz hat aber eine Anfechtung dieser zweiten Ehe infolge Rückkehr des Verschollenen zugelassen (§ 1350). Und gerade hierüber äussert sich Endemann [78] treffend: „Der ganzen zunächst mit Nachdruck eingeführten Verstärkung der Wirkung der Todeserklärung wird hier wieder der Boden entzogen; das Gesetz gerät in vollständiges Schwanken und befriedigt nach keiner Richtung hin“. Man hat nun von verschiedenen Seiten Versuche gemacht, aus diesem Dilemma herauszukommen, das durch eine widerlegbare Todesvermutung entstanden ist.

So meint Erler [79], dass die erste Ehe „wiederauflebe“, da ja die zweite Ehe infolge der Anfechtung von Anfang an nichtig ist, und daher als ein blosser „Zwischenakt“ aufzufassen ist. Damit ist aber die Gültigkeit der zweiten Ehe von dem Wiederauftauchen des Verschollenen abhängig.

---

[77]) Entscheidung des. RG. in Ziv. Sachen. Bd. 60 S. 198 ff. Ebenso Staudinger Bem. 4 1a zu § 18 u. Bem. 2b zu § 1309, ferner Bem. 2 zu § 1348.

[78]) Endemann Bd. 2 § 164, Anm. 20.

[79]) Erler DJZ. S. 229.

Man wird aber wohl schwerlich bei einem so wichtigen Institut wie die Ehe es ist, ein bedingtes Wiederaufleben der früheren Ehe billigen. Ganz abgesehen davon, dass gerade damit die Schwierigkeiten der angeführten Art entstehen würden. Es hätte nach Erlers Ansicht die Nichtigkeitserklärung eine Wirkung ex nunc. Die herrschende Meinung teilt zwar diesen Standpunkt nicht, führt aber zu ähnlichen Konsequenzen.

Hören wir Hölders [80] scharfsinnige Ansicht über die Bedeutung des § 18. Nach ihm ist die Todeserklärung des § 18 ein rechtsgestaltendes Urteil. Die Vermutung ist aber keine Rechtsvermutung, weicht vielmehr wesentlich davon ab. Wer sich auf die Todesvermutung stützt, behauptet damit nicht die Tatsache des zu bestimmter Zeit eingetretenen Todes, sondern den Eintritt der Rechtsfolgen, wie wenn der tot Erklärte zu einer bestimmten Zeit gestorben wäre, als einen durch den Rechtsakt der Todeserklärung begründeten. Diese greift aber nicht unbedingt Platz. „Durch die Zulassung der Todeserklärung ermächtigt das Recht wegen der Unmöglichkeit der Ermittlung eines bestimmten Sachverhaltes und der praktischen Notwendigkeit der Regelung der an sich von jenem Sachverhalt abhängenden Beziehungen, das Gericht in Gemässheit bestimmter Normen, diese Beziehungen ebenso zu regeln, wie wenn ein bestimmter Sachverhalt vorläge". Damit, folgert Hölder, ist dies eine vom Gericht aufgestellte Fiktion, die aber bedingt und subsidiär anzuwenden ist.

Das BGB. hat sich aber der Aufnahme widerlegbarer Fiktionen verschlossen [81]. Eine Fiktion, die zum Teil widerlegbar ist, ist keine Fiktion. Hätten wir jedoch den Begriff eines Totenrechtes aufgenommen, so würde sicherlich die Vermutung des § 18 ausgedrückt haben, dass jetzt das

---

[80]) Hölder Anm. 1 zu § 18.
[81]) Endemann § 38, Anm. 19.

Totenrecht eingetreten sei [82]. So aber sind die von Hölder beschriebenen Wirkungen nichts anderes als die von Herbert Meyer vertretenen Rechtsscheinwirkungen. Eine Stellung im ähnlichen Sinne wie Hölder nimmt Hellwig ein [83].

Der Ordnung unseres gerichtlichen Verfahrens, wenn zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, so doch allgemein anerkannt, liegt folgendes Prinzip zu Grunde:

„Ist durch Staatsakt ein Rechtszustand geschaffen worden, so kann dieser zwar durch Staatsakt so rückgängig gemacht werden, dass der alte Rechtszustand wieder auflebt, und es so angesehen wird, als ob dieser niemals aufgehört habe. Aber diese Rückwirkung ist insoweit ausgeschlossen, als nicht mehr res integra ist. Sie findet ihre Grenzen in den Rechten, die von Dritten auf Grund jenes Rechtszustandes erworben sind, welcher kraft Rechtsspruch hergestellt, durch die staatliche Autorität solange voll gewährleistet wird, bis er wieder aufgehoben wird".

Einen durchaus bestrittenen Standpunkt nimmt Boschan [84] in dieser Frage ein. Seiner Beurteilung liegt der Fall zu Grunde, dass die zurückgebliebene Frau des Verschollenen sich zunächst nicht wieder verheiratet und Kinder gebar, die dann erst später durch nachfolgende Ehe mit dem Schwängerer legitimiert werden sollen. Sonach ist damit nicht ganz unsere Rechtslage getroffen, dennoch ist Boschans Entscheidung in der uns interessierenden Frage interessant. Die erste Ehe wird nach Boschan erst durch die Wiederverheiratung aufgelöst, und die vor oder nach dem Zeitpunkt der Verschollenheit geborenen Kinder haben als eheliche des Verschollenen zu gelten, auch wenn es den Umständen nach ganz ausgeschlossen ist, dass die Frau die Kinder

---

[82]) Herbert Meyer S. 81; ebenso Hedemann.

[83]) Hellwig DJZ. 1904 S. 834 und 1074; ferner Grenzen der Rückwirkung.

[84]) Boschan DJZ. 1903 S. 77.

von ihm empfangen hat[85]. Die Anfechtung der Ehelichkeit kann nur vom vermeintlichen Vater selbst geltend gemacht werden. Als weitere Postulate knüpft Boschan an diese Rechtslage folgende gewagte Forderungen. Es sind nämlich die gesetzlichen Erben des Verschollenen diejenigen, die zur Zeit seines festgestellten Todes Erben waren. Wird jedoch nach diesem Zeitpunkt von der Ehefrau ohne neuen Eheabschluss ein Kind geboren, so gehört dasselbe regelmässig zu den erbberechtigten Personen. Ein etwa früher ausgestellter Erbschein müsste eingezogen werden. (!)

Diese Ansicht Boschans hat Neubecker[86] gebührend zurückgewiesen und widerlegt. Der Kernpunkt unserer Frage beruht aber, wie schon hervorgehoben, darin, dass der Vermutung des § 18 die Vermutung des § 1591 Abs. 2, S. 1 entgegensteht, wonach vermutet wird, dass der Mann der Frau innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe. Inwieweit kommt nun der Vermutung des § 18 eine Wirkung gegenüber der Vermutung des § 1591 zu?

Die Todesvermutung des § 18 kann ja durch den Gegenbeweis der Unrichtigkeit (§ 292 ZPO.) oder durch das Wiedererscheinen des Verschollenen selbst, ganz wie in unserem Falle, widerlegt werden. Wenn aber das BGB. in § 1591 die Vermutung aufstellt, dass der toterklärte oder bisher verschollene Mann seiner Frau innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe, so vermutet doch das Gesetz auch gleichzeitig in § 18, dass der tot Erklärte in dem im Urteil festgesetzten Zeitpunkt gestorben ist. Und gerade in dieser Hinsicht ist sich wohl die Mehrzahl aller Juristen einig, dass die Vermutung des § 1591 nicht durchgreifen kann. Kohler[87] schreibt kurz und ohne Angabe der Grün-

---

[85]) Ob hier Boschan nicht etwa sich von dem Gedanken leiten ließ, den Kindern durchaus die Ehelichkeit zu erhalten.

[86]) Neubecker DJZ. 1903, S. 101.

[87]) Kohler S. 300. vgl. auch oben S. 42 Anm. 52,

de, dass die Vermutung durch die Sachlage zerstört sei, und die Ansicht, dass doch etwa der § 1591 durchgreife, bedürfe keiner Widerlegung. Im gleichen Sinne, dass die Vermutung des § 1591 aus dem Felde geschlagen wird, äussern sich Dernburg[88] und Neubecker[89]. Denn dass die Frau das Kind vermutlich von einem empfangen habe, der vermutlich gestorben sei, „das hiesse ein Toter habe beigewohnt". Die gleiche Auffassung teilt Olshausen[90], der die von Boschan aufgeworfene Frage anlässlich einer nicht zutreffenden Entscheidung des Kammergerichtes betr. die rechtliche Stellung der Kinder der Frau eines Verschollenen, wiederaufgerollt hat. Nach seiner Ansicht kommt es darauf an, ob das Kind noch innerhalb von 302 Tagen nach jenem Termin geboren ist oder nicht. Trifft letzteres zu, so ist es nicht ein Kind des Verschollenen. Aber auch wenn das Kind innerhalb 302 Tagen geboren ist, kann die Ehelichkeit in Bezug auf den ersten Mann nach § 1593 angefochten werden, indem dieser nach § 18 als gestorben gilt.

Fassen wir also die bisher angeführten Urteile[91] zusammen, inwieweit die Vermutung des § 1591 durch die Vermutung des § 18 entkräftet ist, so können wir die Behauptung aufstellen:

Wenn die Empfängniszeit hinter dem im Urteil festgesetzten Zeitpunkt des Todes liegt, so wird die Vermutung des § 1591 unstreitig durch die Vermutung des § 18 ausgeschaltet.

---

[88]) Dernburg § 66, Anm. 9, Fam. Recht.

[89]) Neubecker DJZ. S. 101.

[90]) Olshausen 1903 S. 149.

[91]) vgl. Francke und die dort Zitierten: „Auf Grund dieser Stellen möchte als heutiges deutsches Recht der Satz zu gelten haben: Die Ehe eines für tot erklärten Lebenden löst sich erst, dann aber für immer auf, wenn der andere Teil eine — vollgültige oder nichtige — neue Ehe eingeht; die Vermutung des § 1591 war aber schon durch die Todeserklärung weggefallen".

Mit einer solchen Auslegung kann man sich vollauf zufrieden geben. Denn sie entspricht den tatsächlichen Verhältnissen und bewahrt uns vor einem ungeheuerlichen Resultat, das höchstens geeignet war, obwohl ja kein Gesetz technisch vollkommen ist, unserer Rechtsordnung den Vorwurf der Unbrauchbarkeit einzutragen.

§ 18.

Gegnerische Stimmen.

Freilich hat es nicht an Stimmen gefehlt, die sich gegen diese Auffassung gewandt haben. Stellt sich doch Dernburg in Gegensatz zur herrschenden Lehre. So wendet sich u. E. ganz mit Unrecht Boelling [92], der die Fortexistens der alten Ehe abhängig macht von der Gültigkeit der neuen Ehe, gegen Dernburgs Ausführungen.

Zwar muss Boelling selbst zugeben, dass im Falle der Anfechtung der zweiten Ehe die Kinder stets als eheliche dieser Ehe zu betrachten sind, und zwar auf Grund, dass mindestens e i n Ehegatte zur Zeit des Eheabschlusses den Anfechtungsgrund nicht kannte, also weil es eine Putativehe war, doch übersieht auch er völlig die Schwierigkeit, dass nach seiner Auffassung — denn die erste Ehe ist nicht aufgelöst worden — die Kinder auch eheliche der ersten Ehe sind [93]. Wie er zu seiner Lösung kommt, darüber geben uns seine Ausführungen keine Auskunft. Er gesteht, dass es bei Gutgläubigkeit eines Ehegatten „unbillig" wäre, das Rechtsverhältnis so zu behandeln, als hätte die (zweite) Ehe überhaupt nicht bestanden". Trotzdem gilt nach seiner Ansicht die frühere Ehe wegen Nichtigkeitserklärung der zweiten überhaupt nicht als erloschen (§ 1343) und er macht es darum Dernburg zum Vorwurf, dass bei Rück-

[92]) Boelling S. 34 ff.
[93]) S. 33.

kehr des tot Erklärten eine nochmalige Eheschliessung vorgenommen werden müsste. Gegen eine solche Auffassung haben wir uns schon gewandt und wir weisen noch ferner darauf hin, dass im Falle des Todes des zweiten Ehegatten, doch auch ein Neuabschluss mit dem ersten Ehegatten notwendig wäre. Also, was verschlägt es, dies stets zu fordern? Ein weiterer gegen Dernburg erhobener Vorwurf trifft Boelling [94] selbst. Er behauptet, dass es durchaus nicht, wie Dernburg schreibt, eine Härte sei, nämlich dass die frühere Ehe wegen erfolgreicher Anfechtung der zweiten fortbestehe, obwohl der aufgetauchte Verschollene ein Vagabund sei, denn ohne Willen des conjux binibus trete dieses Fortbestehen nicht ein, dazu muss dieser doch selbst die Ehe anfechten. Schliesslich schreibt Boelling aber selbst, „dass es doch eine Härte sei, dass der conjux binibus durch den einseitigen Willensentschluss des zweiten Ehegatten wieder an den ersten gebunden sein soll".

Eine spezielle Entgegnung auf Dernburgs Theorie bringt Dochnahl [95], dessen Argumentation wir nicht unerwähnt lassen wollen, die aber u. E. nicht beweiskräftig und überzeugend genug ist.

So bemängelt Dochnal zunächst die von Dernburg herangezogene Gegenüberstellung von Zivilrecht und Strafrecht zur Erforschung der Bedeutung des Begriffes einer „neuen Ehe". Darüber haben wir uns schon weiter oben geäussert und daher erübrigt sich hier eine Gegenausführung. Einen grossen Verstoss Dernburgs erblickt Dochnal besonders darin, dass dieser die Bestimmung des Satzes 1 im Absatz 2 in § 1348 von der Bedingung abhängig macht, dass die beiden Ehegatten nicht bösgläubig sein dürfen, d. h. mit welchem Recht überträgt Dernburg die Ausnahme des Satzes „es sei denn" auf die Bestimmung des Abs. 2 S. 1? Dochnahl selbst wendet die Ausnahme

[94]) S. 36.

[95]) Dochnahl S. 321.

des Satzes „es sei denn“ auf die Regel des Abs. 2 S. 1 an, allerdings indirekt. Damit gelangt er also zu dem gleichen Resultat wie Dernburg, und der erhobene Vorwurf fällt dann in sich zusammen. Seinen Schluss begründet Dochnahl damit, dass die neue Ehe bei beiderseitiger Bösgläubigkeit nach § 1348 Abs. 1 nichtig sei und eine nichtige Ehe kann nach § 1348 Abs. 2 S. 1 die Auflösung der alten Ehe nicht herbeiführen. Er scheint aber zu übersehen, dass Dernburg diese Art der Ehe zur Nichtehe rechnet und somit den gleichen Standpunkt einnimmt. Ueber die Scheidung Dernburgs zwischen: matrimonium non existens und matrimonium nullum, bemerkt er weiter, dass eine neue nichtige Ehe nicht die Kraft haben könnte, die alte Ehe nach § 1348 Abs. 2 aufzulösen, (denn eine nichtige Ehe habe überhaupt keine rechtliche Kraft) [96], es sei denn, dass das Entgegengesetzte:

„I. im Gesetz ausdrücklich gesagt wäre,

II. oder im Zusammenhang mit zwingender Notwendigkeit hervorginge,

III. oder aus der Natur der Sache zu folgern wäre“.

Wir bemerken ad I und II, dass wir gerade dies in überzeugender Weise dargetan zu haben glauben. Ad III, gerade die von uns erörterte Frage der doppelten Ehelichkeit drängt uns, wollen wir auch nur einigermassen befriedigende Resultate erhalten, auf diesen Standpunkt. Und das ist für uns Grund genug, uns auch in Gegensatz zur herrschenden Lehre zu stellen. Und auch Dochnal muss gestehen, dass der neue Ehegatte evtl. sehr geschädigt werden kann, ohne dass ihm das Gesetz eine Handhabe biete, sich davor zu bewahren [97]. Den „triftigen“ Grund Dochnahls, dass nach erfolgreicher Anfechtung die Möglichkeit

---

[96]) Dochnahl: „matrimonium nullum und matrimonium non existens haben gemeinsam, daß ihnen die rechtlichen Wirkungen der Ehe fehlen“ (!). „Die Rechtsfolgen sind nur Ausnahmen“ schreibt Thiesing a. a. O.

[97]) Gemeint ist durch die Eheanfechtung.

der Ehe mit einem Dritten gegeben ist, haben wir ebenfalls gebührend entkräftet und verweisen daher auf das früher Gesagte [98]. —

§ 19.

Schlußbetrachtungen.

Wir haben durch unsere Darstellung darzutun versucht, dass die Fälle der angeführten Art mit ihren notwendigen Folgen im Sinne der herrschenden Lehre zu den widersinnigsten theoretischen und praktischen Konsequenzen führen müssten. Wir glaubten daher mit Nachdruck hervorheben zu müssen, dass dieser Standpunkt nicht haltbar war und daher nicht von uns geteilt werden konnte. Wir huldigten vielmehr in der Beurteilung unserer Fälle mit ihren schwerwiegenden Folgen für die Beteiligten einer Auslegung, die uns für richtig und als die beste erschien, im Rahmen des Gesetzes eine gerechte Lösung herbeizuführen. Man braucht also nicht zu dem von Riezler vorgeschlagenen „bewussten Abweichen vom Gesetz“ zu greifen und ebensowenig sich an den starren Wortlaut des Gesetzes zu klammern, dessen erbarmungslose Härten — die allerdings nur nach herrschender Lehre vorliegen — höchstens dazu führen könnten, dass sich der Richter über das Gesetz und seine Konsequenzen wegsetzt. Ein bedenkliches Resultat!

Andererseits sind wir weit davon entfernt, behaupten zu wollen, eine Neuregelung dieser Materie könne unterbleiben. Gerade das fortwährende Kämpfen und Schwanken der Meinungen beweist, dass es sich um ein viel umstrittenes Gebiet handelt, das einer endgültigen Festlegung bedarf. Es ist daher eine durchaus billige und gerechte

[98]) S. 61 ff.

Forderung an den Gesetzgeber, bei der künftigen Revision des BGB., die man immer schon ins Auge fassen soll, wie fern sie auch noch liegen mag, eine möglichste Harmonie und einen gerechten Ausgleich der kollidierenden Interessen herbeizuführen, in dem Masse, wie sie Schutz verdienen. Bei der Frage, ob gerade auf familienrechtlichem Gebiete die Regelung in grossen allgemeinen Grundzügen erfolgen solle, oder durch Aufstellen ganz spezieller einzelner Vorschriften herbeizuführen wäre, kann man sich wohl für Letzteres entscheiden. Es müsste geprüft werden, was für jeden einzelnen Fall billig und gerecht wäre. Denn es bahnt sich die Erkenntnis Weg, dass die Jurisprudenz bei Discrepanz des positiven Rechtes mit den Erfordernissen des Lebens, das neue Bedürfnisse, neue Ansprüche, neue Rechtslagen schafft, die der Gesetzgeber nicht voraussehen konnte, für alle Fälle gewappnet sein muss, ungeachtet, ob dabei ein allgemeines Prinzip durchbrochen wird. Ist es doch ein gerechtfertigtes Interesse der Beteiligten und auch der Oeffentlichkeit, bald Sicherheit über den wirklichen Personenstand zu gewinnen. Diese Besserung liesse sich durch eine Revision des gänzlich verfehlten Anfechtungsrechtes erreichen, eine gesetzgeberische Lösung, die u. E. mehr als jede andere geeignet erscheint, die von uns behandelte Streitfrage zu beseitigen.

Maschinensatz und Druck von
August Oberreuter, Zeulenroda, Spezialdruckerei für Dissertationen.